البناية في شرح الهداية

الجزء الحادى عشر

للشيخ المحدث الفقيه
بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد العيني
رحمه الله تعالى رحمة واسعة
٧٦٢ هـ — ٨٥٥ هـ

صححه وعلقه وعلق عليه
الشيخ المحدث المحقق فيض أحمد الملتاني قدس سره
١٣٤٠ هـ — ١٤٢٩ هـ

المكتبة الحقانية
ملتان ○ پاكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي من علينا بطبع الكتاب المستطاب

البناية في شرح الهداية

للشيخ المحدث الفقيه بدر الدين أبي محمد محمود بن احمد العيني

رحمه الله تعالى رحمة واسعة

٧٦٢هـ — ٨٥٥هـ

صححه وحققه وعلق عليه

مولانا مسعود احمد ابن مولانا فيض احمد الملتاني

الجزء الحادي عشر

المكتبة الحقانية

ملتان ○ باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

الفهرس للجزء الحادى عشر من البناية شرح الهداية

تم الفهرس

باب السلم

(باب السلم)

أي هذا باب في بيان أحكام السلم و لما فرغ (١) من أنواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك و قدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب و المفرد مقدم و قال الكاكي السلم اسم من الاسلام و الهمزة فيه للسلب أي أزال سلامة الدراهم بالتسليم إلى مفلس في مؤجل او هو من التسليم لأن تسليم رأس المال فيه لازم و فيه (٢) تأمل و في الإيضاح السلم لغة عبارة عن الاستعجال و السلم (٣) و السلف بمعنى واحد و خص هذا النوع بهذا الإسم لأن شرعيته كانت لمعنى يخص رأس المال و هو استعجاله و تحصيله قبل وجود المبيع لأن الحاجة إليه و قيل سمي به لكونه معجلاً على وقته فإن أوان البيع بعد وجود المبيع المعقود عليه في ملك العاقد و السلم عادة إنما يكون فيما ليس بموجود في ملكه فيكون معجلاً على وقته كذا في الكافي و قال صاحب التحفة السلم عقد يثبت الملك في الثمن عاجلاً و في المثمن آجلاً سمي سلماً و إسلاماً و سلفاً و إسلافاً لما فيه من تسليم رأس المال في الحال و في عرف الشرع عبارة عن هذا أيضاً مع زيادة شرائط و رد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة و قال (٤) الأكمل السلم في اصطلاح الفقهاء أخذ عاجل بآجل و رد بأن

---

(١) لما فرغ الخ كذا في العناية. (٢) و فيه تأمل و في فتح القدير: و جعل الهمزة في أسلمت اليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس و نحو ذلك بعيد و لا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكا و صحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه و ليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء. (٣) السلم و السلف بمعنى واحد و في عمدة القارى ص ٦١ ج ١٢ السلم بفتحتين بيع على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلا و سمى سلما لتسليم رأس المال في المجلس و سلفا لتقديم رأس المال و السلم و السلف كلاهما بمعنى واحد و وزن واحد و قيل السلف لغة أهل العراق و السلم لغة أهل الحجاز و قيل السلف بتقديم رأس المال و السلم تسليمه في المجلس فالسلف أعم و قيل السلم و السلف و التسليف عبارة عن معنى واحد غير أن الاسم الخاص بهذا الباب السلم لأن السلف يقال على القرض. (٤) قال الأكمل في العناية و في الشامية: السلم شرعا بيع آجل بعاجل كذا عرفه في الفتح و اعترض على ما في السراج و العناية من أنه أخذ عاجل بآجل بأنه غير صحيح لصدقة على البيع بثمن مؤجل و في غاية البيان أنه تحريف من النساخ و أجاب في البحر بأنه من باب القلب و الأصل أخذ آجل بعاجل قلت و فيه أن القلب لا يسوغ لغير البلغاء لأجل نكتة بيانية كما صرحوا به و لا سيما في التعاريف و يظهر لي الجواب بأنه ناظر إلى ابتدائه من جانب المسلم اليه أى أخذ ثمن عاجل و يؤيده كون السلم كالسلف مشعرا بالتقدم أولا فالمناسب الابتداء بالعاجل و هو الثمن ثم رأيت في النهر عن الخواشي السعدية ما يوافق ما قلنا حيث قال يجوز أن يقال المراد أخذ ثمن عاجل بآجل بقرينة المعنى اللغوى إذ الأصل هو عدم التغيير إلا أن يثبت بدليل اه و يظهر لى أيضا أن الأولى فى تعريفه أن يقال شراء آجل بعاجل لأن السلم اسم من الاسلام كما فى =>

السلم عقد مشروع بالكتاب و هو آية المداينة

السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى و ليس بسلم و لو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك و قال الأترازيّ فمن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح أن السلم أخذ عاجل بآجل لان السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد فيه هذا المعنى و ليس بسلم انتهى قلت في كلام الأكملّ نسبة الفقهاء إلى الخطأ و في كلام الأترازيّ نسبة بعض الشراح إليه و لا ينبغي هذا و الظاهر أنه لم يقل هكذا أحد منهم و إنما هذا وقع هكذا تحريفاً من النساخ الجهلة فاستمر النقل على هذا التحريف و إنما قالوا السلم أخذ آجل بعاجل فلا يرد عليه شيء و ركن السلم الإيجاب و القبول بأن يقول رجل لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة او قال أسلفت و قال الآخر قبلت و يسمى صاحب الدراهم رب السلم و المسلم أيضاً و يسمى الآخر المسلم إليه و الحنطة المسلم فيه و لو قال المسلم إليه لآخر بعت منك كر حنطة هكذا و ذكر شرائط السلم ينعقد أيضاً لأن السلم نوع بيع و شرائط تذكر عند قوله و لا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا بسبعة شرائط و حكمه ثبوث الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلاً بمقابلة ثبوت الملك في رأس العين للمسلم إليه معجلاً بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس (السلم عقد مشروع بالكتاب و هو آية (١) المداينة) و هو قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم (٢) بدين﴾.... الآية و هو أطول آية في القرآن يعني إذا تداينتم بدين مؤجل إلى أجل مسمى فاكتبوه و فائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل

=> القهستاني و لا يخفى أن الاسلام صفة المسلم فهو المنظور اليه إصالة و لذا سموه رب السلم أى صاحبه فالمناسب بناء التعريف على ما يشعر به اللفظ و المعنى و هو الشراء الذى هو المراد بالاسلام الصادر من رب السلم بخلاف البيع الصادر من المسلم إليه و مثله الأخذ لعدم اشعار استشقاق اللفظ بهما. (١)آية المداينة البقرة: ٢٨٢. (٢)اذا تداينتم بدين و فى أحكام القرآن للجصاصّ ص٤٨٢ ج١ فان قيل ما وجه قوله تعالى (بدين) و التداين لا يكون إلا بدين قيل له لأن قوله تعالى (تداينتم) لفظ مشترك يحتمل أن يكون من الدين الذى هو الجزاء كقوله تعالى (مالك يوم الدين) يعنى يوم الجزاء فيكون بمعنى تجازيتم فأزال الاشتراك عن اللفظ بقوله تعالى (بدين) و قصره على المعاملة بالدين و جائز أن يكون على جهة التاكيد و تمكين المعنى فى النفس و قوله تعالى (اذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى) ينتظم سائر عقود المداينات التى يصح فيها الآجال و لا دلالة فيه على جواز التأجيل فى سائر الديون لان الآية ليس فيها بيان جواز التأجيل فى سائر الديون و انما فيها الأمر بالاشهاد اذا كان دينا مؤجلا ثم يحتاج ان يعلم بدلالة اخرى جواز التأجيل فى الدين و امتناعه ألا ترى انها لم تقتض جواز دخول الاجل على الدين بالدين حتى يكونا جميعا مؤجلين و هو بمنزلة قوله من اسلم فليسلم فى كيل معلوم و وزن معلوم الى اجل معلوم لا دلالة فيه على جواز السلم فى سائر المكيلات و الموزونات بالآجال المعلومة و انما ينبغى ان يثبت جوازه فى المكيل و الموزون المعلوم الجنس و النوع و الصفة بدلالة اخرى و اذا ثبت انه مما يجوز السلم فيه احتجنا بعد ذلك الى ان نسلم فيه الى اجل معلوم و كما تدل الآية على جواز عقود المداينات و لم يصح =>

فقد قال ابن عباس رضى الله تعالى عنه أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون و انزل فيها أطول آية فى كتابه و تلا قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾.... الآية.

أن يكون معلوماً و معنى تداينتم بدين إذا تعامل بعضكم بعضاً بدين و يقال داينت الرجل إذا عاملته بدين معطياً أو آخذا كما تقول بايعته إذا بعته أو باعك (فقد قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون و أنزل فيها أطول آية في كتابه و تلا قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾.... الآية) هذا رواه (١) الحاكمٌ فى مستدركه في تفسير سورة البقرة عن أيوب عن قتادة عن أبى حسان الأعرج عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال أشهد أن السلف المضمون الى اجل مسمى قد أحله الله في الكتاب و أذن فيه قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾.... الآية. و قال حديث صحيح على شرط الشيخين رحمهما الله تعالى و لم يخرجاه و كذلك رواه الشافعي رحمه الله تعالى في مسنده و من طريقه رواه البيهقيٌ في المعرفة و رواه (٢) عبد الرزاق و ابن أبى شيبة رحمهما الله تعالى في مصنفيهما و قال (٣) مخرج الأحاديثٌ و رأيت بعض مصنفي زماننا عزا هذا الحديث للبخاريٌ و هو غلط و لم يخرج البخاريٌ في صحيحه لأبى حسان الأعرج شيئاً و اسمه مسلم قوله أحل السلف المضمون أي المؤجل و هذا جآء في روية اخرى أنه تعالى أحل السلف المؤجل و قيل إن السلف الواجب في الذمة و قوله المضمون صفة مقررة للسلف لا مميزة

=> الاستدلال بعمومها في اجازة سائر عقود المداينات لان الآية انما فيها الامر بالاشهاد اذا صحت المداينة كذلك لا تدل على جواز شرط الاجل فى سائر الديون و انما فيها الامر بالاشهاد اذا صح الدين و التأجيل فيه و قد احتج بعضهم في جواز التأجيل فى القرض بهذه الآية اذ لم تفرق بين القرض و سائر عقود المداينات و قد علمنا ان القرض مما شمله الاسم و ليس ذلك عندنا كما ذكر لأنه لا دلالة فيها على جواز كل دين و لا على جواز التأجيل فى جميعها و انما فيها الامر بالاشهاد على دين قد ثبت فيه التأجيل لاستحالة ان يكون المراد به الاشهاد على ما لم يثبت من الديون و لا من الآجال فوجب ان يكون مراده اذا تداينتم بدين قد ثبت فيه التأجيل فاكتبوه فالمستدل به على جواز تأجيل القرض مغفل فى استدلاله و مما يدل على ان القرض لم يدخل فيه ان قوله تعالى (اذا تداينتم بدين) قد اقتضى عقد المداينة و ليس القرض بعقد مداينة اذ لا يصير دينا بالعقد دون القبض فوجب ان يكون القرض خارجا منه. (١)رواه الحاكمٌ فى مستدركه الخ. كذا فى نصب الراية ص٤٤ ج٤. (٢)رواه عبدالرزاق فى البيوع باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم ص٥ ج٨ و ابن أبى شيبةٌ فيه السلف في الطعام و التمر ص٥٦ ج٧ و البيهقيٌ فيه باب جواز السلف المضمون بالصفة ص١٨ ج٦. (٣)قال مخرج الأحاديث أى الزيلعيٌ فى نصب الراية ص٤٥ ج٤.

و بالسنة و هو ما روي أنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص في السلم و القياس و إن كان يأباه و لكنا تركناه بما رويناه و وجه القياس أنه بيع المعدوم

كما في قوله تعالى "النبيون الذين أسلموا" و كقولهم الحبشي الأسود و الكافور الأبيض و هذا لأن المسلم فيه واجب في الذمة لا محالة و قيل مميزة لأن السلف يطلق أيضاً على معنى آخر يقال سلف الرجل آباؤه الأقدمون قوله و انزل فيه و في بعض النسخ و أنزل فيها و كذا في نسخة شيخي العلاءُ و قال الأترازيّ في السلف و إنما أنث الضمير على تأويل المداينة و مثل ذلك ما روى صاحب الجمهرة عن أبي حاتم الأصمعي قال أبو عمر بن العلاء سمعت أعرابياً يمانياً يقول لفلان لغوب جاءته كتابي فاحتقرها فقلت أتقول جاءته كتابي فقال أليس بصحيفة فقلت له ما اللغوب قال الأحمق (و بالسنة) هو عطف على قوله بالكتاب أي و مشروع بالسنة (و هو ما روي أنه عليه الصلاة و السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص في السلم) هذا غريب بهذا اللفظ و قوله و رخص في السلم من تمام الحديث لامن كلام المصنفؒ و قال الكاكيؒ هذا نقل الحديث بالمعنى و لفظ الحديث لا تبع ما ليس عندك و الصحابة رضى الله تعالى عنهم رووه بهذا اللفظ و المراد بما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه فإنه لو كان في ملكه يجوز و إن لم يكن حاضراً إذا كان المشتري رآه قبل ذلك انتهى قلت الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين فحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه (١) أصحاب السنن الأربعة رحمهم الله تعالى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف و بيع و لا شرطان في بيع و لا ربح ما لم يضمن و لا بيع ما ليس عندك و قال الترمذيّ حديث حسن صحيح و أما الرخصة في السلم فأخرجه (٢) الائمة الستة رحمهم الله تعالى في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قدم النبي ﷺ المدينة و الناس يسلفون في التمر السنتين و الثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم (و القياس و إن كان يأباه) أي السلم أي جوازه (و لكنا تركناه) أي القياس (بما رويناه) و هو الحديث الذي ذكرنا الآن (و وجه القياس أنه بيع المعدوم

(١) أخرجه أصحاب السنن الأربعة رحمهم الله تعالى أقول قد مر تخريجه في هامش البناية ص٢٨٥ ج١٠.

(٢) فأخرجه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى البخاريّ في السلم باب السلم في كيل معلوم ص٢٩٨ ج١ و مسلمؒ في البيوع باب السلم ص٣١ ج٢ و أبوداودؒ فيه باب في السلف ص١٣٤ ج٢ و الترمذيؒ فيه باب ما جآء في السلف في الطعام و التمر ص١٥٧ ج١ و النسائيؒ فيه السلف في الثمار ص٢٢٥ ج٢ و ابن ماجةؒ في التجارات باب السلف في كيل معلوم الخ ص١٦٦.

إذ المبيع هو المسلم فيه قال و هو جائز في المكيلات و الموزونات لقوله عليه الصلاة و السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم و المراد بالموزونات غير الدراهم و الدنانير لأنهما أثمان و المسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا

إذ المسلم فيه هو المبيع) و في اكثر النسخ إذ المبيع هو المسلم فيه و هو معدوم و بيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم أولى و أجدر وانعقد (١) الإجماع علي جوازه باعتبار الحاجة و الضرورة فانه يحتاج إليه الفقير و الغني لأن الفقير ربما لا يكون عنده عين مال يبيعها و ينفق على نفسه فيحتاج إلى أخذ السلم والغني يحتاج إلى أن ينفق على نفسه و عياله فيحتاج إلى استرباح و الاسترباح يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان لأن الاعيان تشترى بمثل و الدين بأقل منه فجوز باعتبار الحاجة (قال) أي القدوريّ (و هو) أي السلم (جائز في المكيلات) يعني في كل كيلي (و الموزونات) يعني في كل وزني (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستةّ في كتبهم عن المنهالّ قال سمعت ابن عباس رضى الله تعالى عنهما... الحديث و قد مضي الآن و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده بلفظ فلا يسلف إلا في كيل معلوم قال البيهقىّ قال الشافعي رحمه الله تعالى معناه إذا أسلف أحد كم فى كيل فليسلف في كيل معلوم و إن أسلف في وزن فليسلف في وزن معلوم و إذا سمى أجلاً فليسم أجلاً معلوماً (و المراد) أي مراد القدوريّ في قوله (بالموزونات غير الدراهم و الدنانير لأنهما أثمان و المسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً) لكونه مبيعاً (فلا يصح السلم فيهما) أي فى الدراهم و الدنانير صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس و غيره من المكيل و الموزون في عشرة دراهم أو دنانير أما لو أسلم عشرة دراهم فى عشرة دنانير لا يجوز بالإجماع لأنه ربا و اختلف المشايخّ في السلم فى الدراهم و الدنانير أشار المصنفّ إلى بيانه بقوله (ثم قيل يكون باطلاً) أي يكون السلم باطلاً و هو قول عيسي بن ابانّ و قال الكاكيّ هذا الاختلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غيرها من العروض و في المبسوط (٢) لو أسلم الحنطة في الذهب و الفضة لا يجوز عندنا

---

(١)انعقد الاجماع الخ و فى عمدة القارى ص٦١ ج١٢ السلم فى الشرع بيع من البيوع الجائزة بالاتفاق و اتفق العلماء على مشروعيته إلا ما حكى عن ابن المسيبّ و فى التلويح و كرهت طائفة السلم روى عن أبي عبيدة بن عبدالله بن مسعود أنه كان يكره السلم. (٢)المبسوط للسرخسيّ ص١٢١ ج١٢.

و قيل ينعقد بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان و العبرة في العقود للمعاني و الأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه و لا يمكن ذلك قال و كذا في المذورعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع

و للشافعي رحمه الله تعالى (١) قول في القديم أن ذلك يجوز بناء على مذهبه على أن النقد يصلح أن يكون مبيعاً (و قيل ينعقد بيعاً) و هو قول أبي بكر الأعمش فعنده ينعقد بيعاً (بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان و العبرة فى العقود للمعاني) لا للألفاظ (و الأول) و هو قول (٢) عيسى بن ابان (أصح لأن التصحيح) أي تصحيح العقد (إنما يجب في محل أوجبا) أي البائع و المشتري (العقد فيه) و هو الدراهم و الدنانير (و لا يمكن (٣) ذلك) أي تصحيحه في محل آخر لأنهما لم يوجبا العقد فيه (قال) أي القدوري (و كذا) أي يجوز السلم (فى المذروعات) و لا خلاف (٤) فيه للأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى (لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع) (٥) أى طولاً و عرضاً

---

(١)و للشافعي الخ و فى شرح الوجيز للرافعي الشافعي ص ٤٢١ ج٤ و يجوز السلم في الدراهم و الدنانير على أصح الوجهين و الثاني و به قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز و على الأول يشترط أن يكون رأس المال غير الدراهم و الدنانير. (٢)قول عيسى بن ابان أصح و فى البحر: و رجح قول الأعمش فى فتح القدير بانه أدخل فى الفقه اه و فى المنحة على البحر: قوله و رجح قول الأعمش فى فتح القدير الخ اعترضه فى النهر بأنه لا يتم إلا بالتزام أن الأعمش قائل بانعقاد البيع بلفظ السلم و إلا فيجوز أن يكون قائلاً بمقابل الأصح من أنه لا يجوز و حينئذ فلا يتم المطلوب و اعترضه أيضاً بأن صاحب الثوب و إن أعطاه له بدراهم مؤجلة لكن على أنها مبيعة لا على أنها ثمن ليلزم أن يكون من أفراد البيع و ذكر باقي شروط السلم قرينة على إرادة هذا المعنى فتأمل اه و أنت خبير بأن كلاً من الاعتراضين ساقط أما الأول فلأن فرض المسألة أنه أسلم ثوباً مثلاً فى دراهم و قد قال أبوبكر الأعمش: إنه ينعقد بيعاً لا سلماً فهذا صريح بأنه يقول إن البيع ينعقد بلفظ السلم و قد ذكر فى النهر قبل هذا أن صاحب القنية لم يحك خلافاً في انعقاده بلفظ السلم و أما الثاني فلأن صاحب الفتح معترف بأن العقد عقد سلم و لكنه اختل بعض شروطه على أنه سلم و وجد اللفظ الذي ينعقد به البيع فيصير العقد عقد بيع لأن كلاً من السلم و البيع يشتركان فى كونهما مبادلة مال بمال و قد قصده المتعاقدان و لا مانع شرعاً من كون هذه المبادلة المقصودة إذا لم تصح على صفة خاصة قصدها المتعاقدان أن تصح على صفة أخرى كما إذا قصدا عقد الشركة على صفة كونها مفاوضة و فقد بعض شروطها فإنها تصير شركة عنان و إن لم يقصدا هذه الصفة و لذلك نظائر كثيرة كما لو وهب للفقير أو تصدق على غني يكون الأول صدقة و الثاني هبة و كما لو أقام غيره وصياً في حياته أو وكيلاً بعد وفاته يكون الأول وكيلاً و الثاني وصياً و كمالو اشترى أمة تعدل ألف درهم مع طوق فضة قيمته ألف درهم و نقد من الثمن الفا فهو ثمن الفضة سواء سكت أو قال خذ هذا من ثمنها تحريا للجواز كما سيأتي فى الصرف و لا يخفى أن تحري الجواز في مسألتنا بالأولى لأنه لم يصرح فيها بخلاف الجائز و إن صرح فهي مثل مسألة الصرف فتأمل منصفاً. (٣)و لا يمكن ذلك لأن الدراهم و الدنانير قط لا يكون مبيعا لأنهما خلقتا ثمنا و المسلم فيه مبيع كذا فى الكفاية. (٤)لا خلاف الخ و فى المغنى ص٣٢٦ ج٤ قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم. (٥)بذكر الذرع الخ و فى فتح القدير: اى قدره كذا كذا ذراعا و فى البزازية: اذا أطلق ذكر الذراع =>

و الصفة و الصنعة و لا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم

(و الصفة و الصنعة و لا بد منها) أي من الصفات الثلاث (لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم) و التفاوت اليسير بعدها غير معتبر لأنه لا يفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم و التسلم و في المجتبي و القياس أن لا يجوز السلم في المذروعات كالثياب و الحصر و البواري لتعذر قبولها في الذمة و لهذا لا يضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر لكن ترك ذلك بإجماع الفقهاء انتهى و قيل (١) الحقت المذروعات بالمكيلات و الموزونات بدلالة النص لأن قوله عليه الصلاة و السلام من أسلم منكم... الحديث يقتضي الجواز في المكيلات و الموزونات باعتبار التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه و التسوية تتحقق في المذروعات فيجوز إلحاقها بهما بطريق الدلالة فإن قيل (٢) إنما يجوز العمل بالدلالة إذا لم يعارضه عبارة النص و ههنا عبارة قوله عليه أفضل الصلاة و السلام لا تبع ما ليس عندك نافية لإلحاقها بهما لأن تلك العبارة لما خصصت بالكيلي و الوزني بالحديث انحصر الجواز فيهما و بقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قوله عليه الصلاة و السلام لا تبع... الحديث و المذروع فيما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة قلنا هذا الذي ذكرته حجة عليك لأن العام من الكتاب إذا خص منه البعض لا يبقي الباقي حجة أصلاً عند الكرخي فكيف في السنة و على القول المختار و إن بقي حجة لكن مرتبته دون مرتبة القياس و خبر الواحد و لا شك

=> في الثوب فله ذراع وسط و في الذخيرة: و اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى في تفسير قول محمد رحمه الله تعالى ذراع وسط، منهم من قال أراد به المصدر و هو فعل الذرع لا الاسم و هو الخشبة يعني لا يمد كل المد و لا يرخي كل الارخاء و بعضهم قال أراد به الخشب و الصحيح أنه يحمل عليهما اذا شرط مطلقا فيكون له الوسط منهما نظرا للجانبين قوله: والصفة أي قطن أو كتان أو مركب منهما و هو الملحم أو حرير و نحو ذلك قوله: و الصنعة أي عمل الشام أو الروم أو زيد أو عمرو و لم يذكر الوزن لأنه ليس يشترط إلا في الحرير اذا بيع وزنا لأنه لا يعلم إلا بالوزن و في الظهيرية: و لا يشترط ذكر الوزن في الكرباس و اختلفوا في الحرير و الصحيح اشتراطه و لو أسلم في ثوب الخز ان بين الطول و العرض و الرقعة و لم يذكر الوزن جاز و ان ذكر الوزن فقط لا يجوز و لو باع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز إلا وزنا لأنه لا يباع إلا وزنا اه و في البزازية: أسلم قطنا هرويا في ثوب هروى جاز و ان مسحا في شعر مسح إن كان المسح عاد شعرا لا يجوز و إلا يجوز كذا في البحر. (١)قيل الحقت الخ نحوه في الكفاية و في فتح القدير: فان قيل في المذروعات مانع و هو أن الضبط بالذرع دونه بالكيل و الوزن فلا يلحق بهما فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر كما يضبط الكيل و الوزن فليس بصحيح بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه و الاختلاف فيه ليس في الصنعة و نحن ما قلنا إن مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الأوصاف حتى ينضبط كما أن المكيل أيضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد أن يذكر الأوصاف معه فتأمل هذا التقرير فان في غيره خبطا و الله أعلم. (٢)فان قيل الخ. كذا في الكفاية.

و كذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه و الصغير و الكبير سواء (١) باصطلاح (٢) الناس على إهدار التفاوت

ان دلالة النص أقوى من القياس و خبر الواحد فلم يكن ذلك العام معارضاً للدلالة فبقيت الدلالة سالمة عن المعارضة فيجوز السلم في المذروعات و العدديات الثابت بها مساوياً لما ثبت بالنص أو أقوى و في الإيضاح جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان لأنها مصنوع العبد و العبد يصنع بآلة و اذا اتحد (٣) الآلة و الصانع يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت و ذا يتحمل في المعاملات دون الاستهلاكات ألا ترى أن الأب إذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملاً و لو استهلك شيئاً يسيراً يجب عليه ضمانه (و كذا) أي و كذا يجوز السلم (في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز (٤) و البيض لأن العددي المتقارب) و هو ما لايتفاوت آحادها بالقيمة و يضمن بالمثل (معلوم (٥) مضبوط الوصف مقدرو التسليم فيجوز السلم فيه و الصغير و الكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإن المسامحة تجري فيما بينهم في صغيره و كبيره فإنك لا ترى جوزة بفلس و جوزة بفلسين و إنما يتفاوت أنواعه في المالية و ذلك التفاوت يفوت بذكر النوع ولهذا (٦) جوزوا السلم في الباذنجان والكاغد عدداً و به قال (٧) الشافعي رحمه الله تعالى و في شرح الطحاوي صغير البيض و كبيره سواء بعد ان كان من جنس واحد و قال (٨) الشافعي رحمه الله تعالى يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة و المتفاوتة وزناً و هل يجوز كيلاً له فيه وجهان و قال الأوزاعيّ في العدديات المتفاوتة مثل مذهبنا و اسمه عبدالرحمن بن عمرو

---

(١)سواء -ن- فيه سواء. (٢)باصطلاح -ن- لاصطلاح. (٣)اذا اتحد الخ. أقول لا يخفى ما فيه من التساهل كما في الفتح. (٤)كالجوز و البيض و الكمثرى و المشمش و التين كما في فروق الكرابيسى كذا في البحر. (٥)معلوم أى قدرا. (٦)و لهذا جوزوا الخ. و فيه نظر ظاهر أو يحمل على كاغد بقالب خاص و إلا لا يجوز و كون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في باذنجان ديارهم و في ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام و جوز الهند لا يستحق شيء منه بالاسلام في بيض الدجاج و الجوز الشامي و الفرنجى لعدم إهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت و يشترط مع العدد بيان الصفة أيضا فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين كذا في فتح القدير. (٧)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و في شرح الوجيز ص٤٢٢ ج٤ و يجوز السلم في الكاغد عددا و يبين فيه النوع و الطول و العرض. (٨)قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في شرح الوجيز ص٤٠٥ ج٤ و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٣٢٦ ج٤ (فصل) و ما عدا المكيل و الموزون و الحيوان و المذروع فعلى ضربين معدود و غيره فالمعدود نوعان (أحدهما) لا يتباين كثيرا كالجوز والبيض و نحوهما فيسلم فيه عددا و هو قول أبى حنيفة و الأوزاعى رحمهما الله تعالى (النوع الثانى) ما يتفاوت كالرمان و السفرجل =>

بخلاف البطيخ و الرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً و بتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلا و قال زفرؒ لا يجوز كيلا لأنه عددي و ليس بمكيل و عنه انه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت و لنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد و تارة بالكيل و إنما صار

و في وجيز الشافعية و لا يكفي العد في المعدودات بل لا بد من ذكر الوزن (بخلاف البطيخ و الرمان لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً) فإنك ترى بطيخاً بدرهم و بطيخاً بدرهمن و بين الضابط في معرفة العددى المتقارب عن المتفاوت بقوله (و بتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت) أي بتفاوت آحاد العددى فى المالية دون الأنواع يعرف العددي المتفاوت و هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و أيد ذلك بقوله (و عن (١) أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي أن السلم (لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية) و قال الاترازيؒ و تفسير العددي المتفاوت ما نقل عن أبى يوسف رحمه الله تعالى ما اختلف آحاده فى القيمة و اتحد أجناسه فلا يجوز السلم فيه و ذلك كالدر و الجواهر و اللآليء و اللادم و الجلود و الخشب و الرؤوس و الأكارع و الرمان و البطيخ و السفرجل و نحوها إلا إذا بين من جنس الجلود و الادم و الخشب و الجذوع ضربا معلوما و طولاً معلوماً و غلظا معلوما و أتى بجميع شرائط السلم فألحق بالمتقارب فيجوز و كذا السلم فى الجوالق و الفراء كذا فى التحفة و قال الكاكيؒ و الحد الفاصل بين المتفاوت و المتقارب أن ما ضمن مستهلكه بالمثل يكون متقارباً و بالقيمة يكون متفاوتاً (ثم كما يجوز السلم فيها) أى فى المعدودات المتقاربة (عدداً) أي من حيث العدد (يجوز كيلاً) أي من حيث الكيل (و قال زفرؒ لا يجوز كيلاً لأنه عددي و ليس بمكيل و عنه) أي و عن زفرؒ (أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) في الآحاد (و لنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد و تارة بالكيل (٢) و إنما صار

=> و القثاء و الخيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ و البقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عددا و يضبطه بالصغر و الكبر (الثانى) لا يسلم فيه إلا وزنا و به قال أبو حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى اه ملخصا.

(١) عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ. و هو خلاف ظاهر الرواية و الوجه أن ينظر إلى الغرض فى عرف الناس فان كان الغرض فى عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادى يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز و ان كان الغرض فى ذلك العرف حصول القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى ديار مصر و غيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار و اللون من نقاء البياض أو إهداره كذا فى فتح القدير. (٢) تارة بالكيل فان قيل الكيل غير معدول فيه لما يبقى بين كل جوزتين =>

معدوداً بالإصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما و كذا في الفلوس عدداً و قيل هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز لأنها أثمان و لهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما و لا تعود وزنياً و قد ذكرناه من قبل و لا يجوز السلم في الحيوان و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز

معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما) أي باصطلاح المتعاقدين فلا يفضي إلى المنازعة في التسليم و التسلم (و كذا) أي و كذا يجوز السلم (في الفلوس عدداً) أي من حيث العدد و هو ظاهر الرواية (و قيل هذا) أي الجواب (عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لا يجوز لأنها أثمان) و السلم في الأثمان لا يجوز (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أن الثمنية في حقهما) أي في حق المتعاقدين (باصطلاحهما) لعدم ولاية الغير عليهما و لهما إبطال اصطلاحهما (فيبطل باصطلاحهما) فإذا بطلت الثمنية صارت مثمناً تتعين بالتعيين فجاز السلم (و لا تعود (١) وزنياً) هذا رد لقول محمد رحمه الله تعالى أنها بعد الكساد تعود وزنياً لأنها قطع صفر موزونة (و قد ذكرناه من قبل) أي في باب الربا (٢) في مسألة بيع الفلس بالفلسين (و لا يجوز السلم في الحيوان) سواء كان دابة أو رقيقاً و به قال (٣) الثوري و الأوزاعي رحمهما الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى إلا في الخلفات فإن الخلفة اسم لمجهول الحال و أما الحيوان المطلق

=> و بيضتين من التخلخل قلنا قد علمنا به و رضى رب السلم فانما وقع السلم على مقدار ما يملأ هذا الكيل مع تخلخله و انما يمنع ذلك في أموال الربا اذا قوبلت بجنسها و المعدود ليس منها و كيله انما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا و اذا أجزناه كيلا فوزنا أولى كذا في فتح القدير. (١) لا تعود وزنيا يعني اذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز و البيض بل يبقى على الوجه الذى تعورف التعامل به فيها و هو العدد إلا أن يهدره أهل العرف كما هو في زماننا فان الفلوس أثمان في زماننا و لا تقبل إلا وزنا فلا يجوز السلم فيها إلا وزنا في ديارنا في زماننا و قد كانت قبل هذه الأعصار عددية في ديارنا أيضا كذا في فتح القدير. (٢) باب الربا البناية ص٤١٧ ج١٠. (٣) و به قال الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٣١٤ ج٤ (فصل) و اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروى لا يصح السلم فيه و هو قول الثورى و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و روى ذلك عن عمر و ابن مسعود و حذيفة رضى الله تعالى عنهم و سعيد بن جبير و الشعبي و الجوزجاني رحمهم الله تعالى و ظاهر المذهب صحة السلم فيه نص عليه في رواية الأثرم قال ابن المنذر و ممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود و ابن عباس و ابن عمر رضى الله تعالى عنهم و سعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و مجاهد و الزهرى و الأوزاعي و الشافعي و اسحاق و أبوثور رحمهم الله تعالى و حكاه الجوزجاني عن عطاء و الحكم رحمهما الله تعالى.

لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس و السن و النوع و الصفة و التفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب و لنا أن بعد ذكر ما ذكر

بلا صفة فلا يجوز بالإتفاق قلت الخلفة (١) بفتح الخاء المعجمة و كسر اللام و بالفاء الحامل من النوق و يجمع على خلفات و خلائف و قد خلفت إذا حملت و أخلفت إذا حالت (لأنه) أي لأن الحيوان (يصير معلوماً ببيان الجنس) بأن قال ابل أو فرس أو عبد (و السن) بأن قال بنت مخاض أو جذع أو ثني (و النوع) بأن قال بختي أو عربي (و الصفة) بأن قال سمين أو هزال يعني يضبط ماليته بهذه الاربعة و الموصوف بمنزلة المرئي (و التفاوت بعد ذلك) أي بعد بيان هذه الاربعة (يسير) لقلته (فأشبه الثياب) في الجواز و قد ثبت (٢) ان النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل و انه عليه الصلاة و السلام استقرض بكراً و قضاه رباعياً و السلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض (و لنا أن بعد ذكر ما ذكر) أي من الجنس

(١)الخلفة الخ كذا في لسان العرب ص ٩٥ ج٩ و فيه أيضا الخلفة: الناقة الحامل و جمعها خلف بكسر اللام و قيل جمعها مخاض على غير قياس كما قالوا لواحدة النساء إمرأة و قيل: هي التي إستكملت سنة بعد النتاج ثم حمل عليها فلقحت و قال ابن الأعرابي: اذا استبان حملها فهي خلفة حتى تعشر اه ملخصا. (٢)و قد ثبت الخ كذا في العناية قال الحافظ الزيلعيّ في نصب الراية ص ٤٧ ج٤ و استدل صاحب التنقيح لمذهبه في صحة السلم في الحيون بحديث أخرجه أبوداودّ في سننه (في البيوع بعد باب في الحيوان بالحيوان نسيئة ص ١٢١ ج٢) عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ من قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة انتهى و رواه أحمد رحمه الله تعالى في مسنده و الحاكمّ في المستدرك و قال: حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه انتهى قال ابن القطان في كتابه: هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد فرواه حماد بن سلمة عن ابن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سيفان عن عمرو بن حريش عن ابن عمرو رضى الله تعالى عنهما هكذا أورده أبوداودّ و رواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق فأسقط يزيد ابن أبي حبيب و قدم أبا سفيان على مسلم بن جبير فقال فيه: عن ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن جبير عن عمرو بن حريش ذكر هذه الرواية الدارقطني و رواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن إسحاق عن يزيد بن أبي جنيب عن مسلم بن أبي سفيان عن عمرو بن حريش و رواه عبد الأعلى عن ابن اسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن الحريش فذكره و رواه عن عبدالأعلى ابن أبي شيبة فأسقط يزيد بن أبي حبيب و قدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال في مسلم بن جبير: مسلم بن كثير و مع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال و مسلم بن جبير لم أجد له ذكراً و لا أعلمه في غير هذا الإسناد و كذلك مسلم مجهول الحال أيضاً إذا كان عن أبي سفيان و أبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه و قال المحقق العلام ابن الهمامّ بعد ذكر هذا الحديث مع الاضطراب و الكلام فيه في فتح القدير فلاحجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه و هو ما أخرجه ابن حبانّ في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن =>

يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد

و السن و النوع و الصفة (يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة) كالصباحة و الملاحة و الفصاحة و الخلق الحسن و الذهن و الكياسة فانك ترى عبدين متفقين في الاوصاف المذكورة مع ذلك يساوي أحدهما ألفاً و الآخر ألفين قال الشاعر:

و ألوف تراهم لا يساوون واحداً   رب واحد يعدل ألفا زائدا

وهذه معاني لا تضبط بالوصف فيقي جهالة (فيفضي إلى المنازعة) فلا يجوز (بخلاف الثياب) جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى السلم في الحيوان على السلم في الثياب فأجاب بأن هذا القياس غير صحيح (لانه) أي لان الثياب و تذكير الضمير باعتبار المذكور (مصنوع العباد فقلما (١) يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد) لان العبد إنما يصنع بآلة فاذا اتحد الصانع

=> رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة و رواه عبد الرزاق حدثنا معمر به و كذا رواه الدار قطني و البزار رحمهما الله تعالى قال البزار ليس في الباب أجل اسنادا من هذا و قول البيهقي أنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبني قول الشافعي رحمه الله تعالى ان حديث النهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس رضى الله تعالى عنهما كما ذكرنا و كذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبدالرحمن العطار عن معمر به مسندا و غاية ما فيه تعارض الوصل و الارسال من الثقات و الحكم فيه للوصل كما عرف و قد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة رحمهم الله تعالى عن الحسن عن سمرة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة و قول البيهقي اكثر الحفاظ لا يثبتون سماع الحسن من سمرة رضى الله تعالى عنه معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع أن الارسال عندنا و عند اكثر السلف لا يقدح مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الارسال و أيضا اعتضد بالموصول السابق أو المرسل الذى يرويه من ليس يروى عن رجال الآخر و حديث آخر أخرج الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء و لا بأس به يدا بيد قال الترمذي حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن أرطاة و حديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما نحوه سواء و قول البخاري مرسل و جوابه على نحو ما ذكرناه آنفا و تضعيف ابن معين لمحمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع أنه ليس كذلك و أخرج الامام احمد رحمه الله تعالى حدثنا حسين بن محمد حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا تبيعوا الدينار بالدينارين و لا الدرهم بالدهمين فقال رجل يا رسول الله أريت الرجل يبيع الفرس بالأفراس و النجيبة بالابل قال لا بأس اذا كان يدا بيد و حمل هذه الأحاديث على كون النهى فيما اذا كان النساء من الجانبين حتى يكون الكالئ بالكالئ تقييدا للأعم فانه أعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب اه

(١) فقلما يتفاوت الخ يريد أنهما يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت أصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل أعني قل اذا كف بما استعمل للنفى كقوله و قلما وصال علي طول الصدود يدوم و حين علمنا أنه أراد قلة التفاوت =>

و قد صح أن النبى عليه الصلاة و السلام نهى عن السلم في الحيوان

و الآلة اتحد المصنوع و لا يتفاوت فى المالية إلا يسيراً و لا يعتبر بذلك القدر و الحيوان صنع الله تعالى و ذلك يكون على ما يريده تعالى فقد كان على وجه لا يوجد له نظير و في مثله لايجوز السلم بالإتفاق و الجواب (١) عن حديث عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه أنه كان قبل نزول آية الربا أو كان فى دار الحرب و لا ربا بين المسلم و الحربي فيها و تجهيز الجيش و إن كان فى دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ و الجواب عن الحديث الثاني انه لم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة و الصدقة حرام عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك(و قد صح أن النبى ﷺ نهى عن السلم فى الحيوان) هذا الحديث (٢) أخرجه الحاكمؒ فى المستدرك و الدارقطنيؒ (٣) فى سننه عن إسحاق بن إبراهيم بن جوتى حدثنا عبد الملك الذمارى حدثنا سفيان الثورى عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ نهى عن السلف فى الحيوان و قال الحاكمؒ صحيح السناد و لم يخرجاه و قال (٤) ابن حبانؒ اسحاق بن إبراهيم منكر الحديث جداً يأتي عن الثقات

=> وجب أن تجعل ما مصدرية و المعنى قل التفاوت و لا يخفى ما فى قول غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع و الآلة اتحد المصنوع من التساهل كذا فى فتح القدير ص ٢١٠ ج٦. (١)و الجواب الخ. كذا فى العناية. (٢)هذا الحديث الخ كذا فى نصب الراية ص٤٦ ج٤. (٣)الدارقطنيؒ فى سننه فى البيوع ص ٧١ ج٣. (٤)قال ابن حبانؒ الخ قال المحدث الناقد ظفر احمد العثمانيؒ فى إعلاء السنن باب النهى عن السلف فى الحيوان ص٤١٩ ج١٤ و أعله بعض الأحباب بتفرد اسحاق بن ابراهيم بن جوتى به و هو ضعيف عن عبد الملك الذمارى عن سفيان عن معمر عن يحيى بن أبي كثير و المعروف من رواية يحيى بن أبى كثير "أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة" اهـ و الجواب: أما عن الأول فانه قد اغتر فيه كلام صاحب التنقيح الذى ذكره الزيلعيؒ و الذى قال فيه ابن حبانؒ: منكر الحديث جدا يأتى عن الثقات بالموضوعات و قال الحاكمؒ: روى أحاديث موضوعة ليس هو اسحاق بن ابراهيم بن جوتى و انما هو اسحاق بن ابراهيم الطبرى كما فى الميزان و اللسان (١: ٨٣ و ١: ٣٤٤) و صاحب التنقيح لم يفرق بينهما و استظهره الحافظ فى اللسان و هو خطأ صريح أما أولا: فلأن الذهبى قد ضعف الطبرى و اتهمه بالوضع فى الميزان و كذا اتهمه به الحاكم فى المدخل فلم يكن ممن يخفى عليهما حاله فكيف ساغ لهما أن يصححا حديثه و هو متهم بالوضع عندهما؟ و أما ثانيا: فلأن الذهبى لم يذكر ابن جوتى فى الميزان بالمرة و إنما ذكر الطبرى وحده و ضعفه و جرحه بجرح فظيع و هذا يدل على التفرقة بينهما و أما ثالثا: فلأن الطبرى يروى عن ابن عيينة و الفضيل بن عياض و عن مروان بن معاوية و عبيد الله بن نافع و طبقتهم فهو من أهل الطبقة التاسعة و هى طبقة الشافعي و عبدالرزاق و أمثالهما و ابن جوتى لا يكاد أن يكون إلا عن الحادية عشر و من بعدهم فكيف يمكن أن يكون الطبرى هو ابن جوتى؟ فالحق أنه من الثقات و ليس بالطبرى المتهم و قد صرح الهيثمى فى مقدمة مجمع الزوائد بأن شيوخ الطبرانى الذين لم يضعفوا فى الميزان ثقات و على هذا فابن جوتى ثقة و ذكره =>

و يدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير

بالموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب (و يدخل فيه) أي في قوله في الحيوان (جميع أجناسه) أي أجناس الحيوان (حتى العصافير) أي حتى يدخل العصافير أيضاً لا يقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف و المتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لانا نقول إن محمد بن الحسنؒ قد فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله تعالى عنهما دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه اردد مالنا لا نسلم أموالنا في الحيوان و هو دليل على أن المنع لم يكن لكونه مطلقا لأن القلائص كانت معلومة لكونه حيواناً لا يقال في كلام المصنفؒ تسامح لان الدليل المذكور بقوله و لنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال

=> السمعاني في الأنساب فقال: الجوتي بضم الجيم و في آخرها التاء المنقوطة باثنتين من فوق هذه النسبة ذكرها بعضهم بغير الألف و اللام و قال: هو اسم يشبه النسبة و بعضهم ذكرها بالألف و اللام و هو إسحاق بن إبراهيم بن الجوتي من أهل صنعاء يروى عن عبد الملك بن عبد الرحمن الذماري حدث عنه أبو زيد محمد بن أحمد بن إبراهيم بن الجبار و ابنه محمد بن إسحاق بن إبراهيم بن جوتي يروى عن أبيه أيضاً روى عنه محمد بن إسماعيل الفارسي شيخ الدارقطني و أبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني اه (١٤٠) لم يذكره السمعاني بجرح و عادته ذكر الجرح و المجروحين فهو ثقة على أصله لا سيما قد صحح الحاكم و الذهبي حديثه فلا شك في كونه ثقة و الحال هذه و روى عنه عبدالله بن إسماعيل بن أحمد الصنعاني عند الدارقطني (٢: ٣١٩) و الحاكم فقد وجدنا ثلاثة يروون عنه فليس بمجهول كما زعم ابن حزم (لسان ١: ٣٤٤) و أما عن الثاني فلا منافاة بين قوله: النهى عن السلف في الحيوان، و قوله: نهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، بل كل واحد من اللفظين يؤيد الآخر كما لا يخفى و من عد المنافاة بين العام و الخاص فقد خلع ربقة العلم عن عنقه فرواية ابن جوتي عن عبد الملك عن سفيان عن معمر عن يحيى بن أبي كثير لا ينافي ما رواه الجماعة عن يحيى بن أبي كثير فلا يرد بل يحمل على أن يحيى رواه مرة كذا و مرة كذا فهما حديثان برأسهما لا يرد أحدهما بالآخر لا سيما و قد ثبت عن عمر و حذيفة و عبدالرحمن بن سمرة رضى الله تعالى عنهم النهى عن السلم في الحيوان و كذا عن ابن مسعود و هذا كله يشهد لصحة ما رواه ابن جوتي فافهم فإن قيل: قد روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما من رأيه أنه كان لا يرى بأسا بالسلف في الحيوان و قول الراوى بخلاف ما رواه قدح في روايته عندكم قلنا: هذا مما رواه البيهقيؒ من طريق هشيم عن عبيدة يعني ابن حميد كذا في أصل المؤلف و ضرب على قوله يعنى ابن حميد عن عبد الملك بن سعيد بن جبير عن أبيه عنه (٦: ٢٢) و عبيدة هذا إنما هو ابن متعب الضبى الضرير ضعيف اختلط بآخره كما في التقريب (١٣٩) و هو الذى يروى عنه هشيم لم نر أحدا ذكره في أصحاب عبيدة بن حميد و الصحيح لا يعلل بالضعيف فلا يكون قدحاً في الرواية و أيضاً: فإن الرأى راوى بخلاف ما رواه إنما يكون قدحا فيه إذا عرف كونه متأخرا عن الرواية و إلا فلا و لم يعرف ذلك فيحتمل أن يكون قد قال ذلك قبل أن يبلغه عن رسول الله ﷺ ما رواه عنه كما أنه كان يقول: لا ربا إلا في النسيئة، قبل أن يبلغه حديث رسول الله ﷺ في الصرف ثم كان ينهى عن الصرف أشد النهى

قال و لا في أطرافه كالرؤوس و الأكارع للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها
قال و لا في الجلود عدداً

على المطلوب بل من حيث جواب الخصم و أما الدليل على ذلك فهو السنة فان قلت السلم فى الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس و التفاوت فى العصافير غير معتبر فينبغي أن يجوز السلم فيها قلنا العبرة فى المنصوص لعين النص لا للمعنى و النص لم يفصل بين حيوان و حيوان كذا فى الكافي (قال) أي القدوري (و لا في أطرافه) أي و لا يجوز السلم أيضاً في أطراف الحيوان (كالرؤوس و الاكارع) و هو جمع كراع (١) الشاة و البقر و يجمع على أكرع أيضاً (للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها) أي لا مقدر له لاختلافها بالصغير و الكبير و السمن و الهزال و تذكير الضمائر باعتبار المذكور و بقولنا قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى فى الاظهر (قال) أي القدوري (و لا فى الجلود عدداً) أي لا يجوز السلم فى الجلود أيضاً من حيث العدد لانها عددية و فيها الصغير و الكبير فيفضي السلم فيها إلى المنازعة و لا يتوهم أنه يجوز وزنا لقيده عدداً لان معناه أنه عددي فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بالطريق الاولى لانه لا يوزن عادة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى فى الاظهر و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى فى قول يجوز السلم فى الجلود و الرؤوس و الاكارع عدداً و وزناً و فى الذخيرة و لو بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز السلم فيه

(١) كراع و فى لسان العرب مادة كرع ص٣٠٦ ج٨ الكراع (بالضم) من الانسان: ما دون الركبة إلى الكعب و من الدواب: ما دون الكعب، أنثى يقال هذه كراع و هو الوظيف قال ابن بريّ: و هومن ذوات الحافر ما دون الرسغ قال: و قد يستعمل الكراع أيضا للابل كما استعمل فى ذوات الحوافر قال و لا يكون الكراع فى الرجل دون اليد إلا فى الانسان خاصة و أما ما سواه فيكون فى اليدين و الرجلين و قال اللحيانيّ: هما مما يؤنث و يذكر قال: و لم يعرف الأصمعيّ التذكير و قال مرة أخرى: هو مذكر لا غير و قال سيبويهٓ: أما كراع فان الوجه فيه ترك الصرف و من العرب من يصرفه يشبهه بذراع و هو أخبث الوجهين يعنى أن الوجه اذا سمى به أن لا يصرف لأنه مؤنث سمى به مذكر و الجمع أكرع و أكارع جمع الجمع و أما سيبويهٓ فانه جعله مما كسر على ما لا يكسر عليه مثله فرارا من جمع الجمع و قد يكسر على كرعان (بكسر الكاف و سكون الراء) و الكراع من البقر و الغنم: بمنزلة الوظيف من الخيل و الابل و الحمر و هو مستدق الساق العارى من اللحم يذكر و يؤنث و الجمع أكرع ثم أكارع و فى المثل: أعطى العبد كراعا فطلب ذراعا لأن الذراع فى اليد و هو أفضل من الكراع فى الرجل اهـ ملخصا. (١)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و فى شرح الوجيز ص٤١٨ ج٤ قال الرافعي: فى السلم في رؤوس الحيوانات المأكولة قولان: أحدهما الجواز و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و أظهرهما المنع و به قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى و الأكارع كالرؤوس اهـ ملخصا و قال المحقق الفهام ابن الهمامٓ فى فتح القدير ص٢١٢ ج٦ و عندى لا بأس بالسلم فى الرؤوس و الأكارع وزنا بعد ذكر النوع و باقى الشروط فان الأكارع و الرؤوس من جنس واحد و حينئذ لا تتفاوت تفاوتا فاحشا اهـ و فى الشامية ص٢٢٨ ج٤ وأقره فى النهر.

و لا فى الحطب حزماً و لا فى الرطبة جرزاً للتفاوت إلا إذا عرف ذلك بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت قال

(و لا فى الحطب حزماً) أي و لا يجوز السلم أيضاً فى الحطب من حيث الحزم و هو جمع حزمة و إنما لا يجوز لكونه مجهولاً من حيث طوله و عرضه و غلظه فان عرف ذلك جاز كذا فى المبسوط (و لا فى الرطبة جرزاً) أي و لا يجوز (١) السلم أيضاً فى الرطبة من حيث الجرز بضم الجيم و فتح الراء بعدها الزاي جمع جرزة و هي الحزمة و الرطبة الإسفست و الجمع رطاب قاله فى المغرب (٢) و هي التي تسميها أهل مصر برسيما و أهل البلاد الشمالية بنجا و في الشامل لا خير في السلم فى الرطبة لأنها تباع حزماً و يجوز فى القت لأنه يباع وزنا و فى المبسوط و لا يجوز أوقاراً أي أحمالاً للجهالة (للتفاوت) أي لأجل التفاوت فى عدد الجلود و حزم الحطب و جرز الرطبة (إلا إذا عرف ذلك) هذا الاستثناء متعلق بمسألة الرطبة جرزاً لأن ما بعده من كلام المصنف يدل على ذلك لا يخفى على المتأمل قوله عرف يجوز فيه التخفيف و التشديد فعلى التخفيف يكون على صيغة الجهول و يكون قوله ذلك فى محل الرفع و هو إشارة إلى ما ذكر من الجرز و أما على التشديد من التعريف فعلى صيغة المعلوم و الفاعل فيه هو الضمير الذي يرجع بالقرينة إلى المسلم إليه و يجوز أن يرجع إلى رب السلم و يكون قوله ذلك حينئذ في محل النصب على انه مفعول عرف ثم بين المصنف رحمه الله تعالى وجه التعريف بقوله (بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة) و كلمة أن مصدرية أي بيان طول ما يشد به الحزمة و لفظ يبين أيضاً يحتمل الوجهين المعلوم و المجهول بحسب الوجهين المذكورين فى عرف فعلى كون عرف مجهولاً يكون لفظ يبين مجهولاً أيضاً و على كونه مشدداً معلوماً يكون يبين أيضاً معلوماً و الضمير فيه يرجع إلى رب السلم أو المسلم إليه كما ذكرنا الآن فى عرف و قوله (أنه) بفتح الهمزة يدل على قوله طول و قوله (شبر) مرفوع لأنه خبر أن و قوله (أو ذراع) عطف عليه (فحينئذ) أي حين يبين طول ما يشد به الحزمة من كونه قدر شبر أو قدر ذراع (يجوز) أى السلم (إذا كان) أى شد الحزمة (على وجه لا يتفاوت) أى بالشد نحو العصا أما إذا كان يتفاوت كالشوك و نحوه فلا يجوز لافضائه إلى المنازعة و لم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضوع كما ينبغي فبحمد الله حررناه كما هو المطلوب (قال) أي

---

(١) لا يجوز السلم الخ. و فى فتح القدير: و لو قدر بالوزن فى الكل جاز و فى ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا و هو أضبط و أطيب. (٢) المغرب ص٣٣٢ ج٢.

و لا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه و لنا قوله عليه الصلاة و السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها

القدوريّ (و لا يجوز (١) السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل) (٢) حاصل هذا أنه يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد و زمان المحل و فيما بينهما (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس) فإن كان موجوداً عند العقد و منقطعاً عند المحل (أو منقطعاً) أى أو كان منقطعاً (فيما بين ذلك) أى فيما بين وقت العقد و وقت المحل (لا يجوز) أى السلم عندنا و لعل المسألة أن السلم في المنقطع لا يجوز عندنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل) فانه يقول يشترط أن يكون وجوده عند المحل فحسب و به قال (٣) مالك و أحمد و إسحاق رحمهم الله تعالى و قال الكاكي و الشافعي رحمهما الله تعالى يعتبر وجوده عند المحل و مالك رحمه الله تعالى عند العقد و عند المحل و لا يعتبر الإنقطاع فيما بين ذلك (لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه) و هو زمان حلول الأجل و العجز قبل ذلك لا يعتبر لانه ليس بأوان توجب المطالبة (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبى ﷺ (لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها) هذا الحديث أخرجه (٤) أبوداودّ و ابن ماجةّ و اللفظ له عن أبي إسحاق عن النجرانى قال قلت لعبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما... الحديث و في آخره و لا تسلفوا في نخل حتى يبدو صلاحه انتهى و قال (٥) المنذريّ في اسناده رجل مجهول و ذكره عبد الحقّ في أحكامه من جهة أبي داودّ و قال اسناده منقطع و أخرج (٦) الطبرانيّ في

---

(١) لا يجوز الخ و هو مذهب ابن عمر و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما كذا في عمدة القارى ص٦٧ ج١٢ و هو قول الثورى و الأوزاعى رحمهما الله تعالى كذا في المغنى ص٣٣٣ ج٤. (٢) المحل بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول كذا في الفتح. (٣) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا في المغنى ص٣٣٣ ج٤ و هو قول أبى ثورّ كذا في العمدة. (٤) أخرجه ابوداودّ في البيوع باب في السلم في ثمرة بعينها ص١٣٥ ج٢ و ابن ماجةّ في التجارات باب اذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع ص١٦٦. (٥) قال المنذريّ الخ كذا في نصب الراية ص٤٩ ج٤. (٦) أخرج الطبرانيّ الخ كذا في نصب الراية أقول و لنا أيضا ما رواه البخاريّ في السلم باب السلم في النخل ص٢٩٩ ج١ عن أبى البختريّ قال سألت ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن السلم في النخل فقال نهى عمر رضى الله تعالى عنه (–ن– نهى النبى ﷺ) عن بيع الثمر حتى يصلح و نهى عن الورق بالذهب نسآء بناجز و سألت ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فقال نهى النبى ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل أو يوكل و حتى يوزن قلت ما يوزن قال رجل عنده حتى يحرز.

و لأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيلو لو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم و إن شاء انتظر وجوده لأن السلم قد صح و العجز الطارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض

الاوسط حديثاً عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه و في آخره و لا تسلموا في ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها العاهة (و لان القدرة على التسليم) أى تسليم المسلم فيه (بالتحصيل) أى تحصيل المسلم فيه (فلا بد من استمرار الوجود) أى وجود المسلم فيه (في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل) و لا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع و قول الشافعي رحمه الله تعالى القدرة على التسليم عند المحل موجودة قلنا إنما تكون القدرة حينئذ موجودة إذا بقي العاقد حياً إلى ذلك الوقت و في بقائه حياً شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك فان قال الاصل هو الحياة و ما ثبت يبقى إلى أن يوجد دليل الزوال قلنا الاصل يعتبر لإبقاء ما كان على ما كان و القدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الأصل لاثبات شيء يوجد في المستقبل و قال الولوالجيّ في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه أبوبكر البلخيّ أن لا يوجد في سوقه الذى يباع فيه و إن كان يوجد فى البيوت و في مبسوط أبي اليسرّ و لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذى لا يوجد فيه لأنه لا يمكن احضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز و إن كان يوجد بسجستان (و لو انقطع بعد المحل) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري أراد أن المسلم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل ثم انقطع بعد المحل أي بعد حلول الاجل (فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم) و يأخذ رأس المال (و إن شاء انتظر وجوده) أى وجود المسلم فيه (لأن السلم قد صح) و لكنه قد عجز عن التسليم (و العجز الطارىء على شرف الزوال) فيتخير العاقد (فصار) حكم هذا (كإباق المبيع قبل القبض) في بقاء العقد و بقولنا قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح و قال زفرّ يبطل العقد و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و هو رواية عن الكرخيّ و يسترد رأس المال للعجز عن التسليم فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في بيع العين و قال (٢) الأكمل رحمه الله تعالى و في قوله و العجز الطارىء على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفرّ عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع فى العجز عن التسليم و في ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا و وجهه أن العجز التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه

(١)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى شرح الوجيز ص٤٠٢ ج٤. و به قال أحمد رحمه الله تعالى فى الوجه الصحيح كذا فى المغنى ص٣٣٣ ج٤. (٢)قال الأكملّ فى العناية.

قال و يجوز السلم فى السمك المالح وزنا معلوما و ضربا معلوماً لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع و لا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت قال (١) و لا خير فى السلم فى السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً و ضرباً معلوماً لأنه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً و إنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في لحم الكبار منها و هي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده

غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسداً (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و يجوز السلم فى السمك المالح) قال الكاكي السمك المالح بالفارسية –ماهي خشك– و في المغرب (٢) سمك مليح و مآء مملوح و هو المقدد الذي جعل فيه ملح و لا يقال سمك مالح إلا في لغة رديئة و لكن قال الشاعر:

بصرية تزوجت بصرياً أطعمها المالح و الطريا

و قال الإمام الزرنوخي و كفى بذلك حجة للفقهاء قلت قال ابن دريد سمك ملح و مليح و لا يلتفت الى قول الراجز: أطعمها المالح و الطريا ذاك مولد لا يؤخذ بلغته و قال في ديوان الأدب ملح (٣) القدر طرح الملح فيها بقدر فعلى هذا يجوز أن يقال سمك مملوح (وزناً معلوماً) أي من حيث الوزن المعلوم (و ضرباً معلوماً) أي من حيث الضرب أي النوع المعلوم (لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو) أي لأن السمك (غير منقطع) عن الوجود (و لا يجوز السلم فيه) أي في السمك (عدداً) أي من حيث العدد (للتفاوت) أي لتفاوت آحاده فان فيه الصغير و الكبير و قال صاحب التحفة فأما السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن أصحابنا

(١)قال و لا خير إلى قوله اعتبارا بالسلم في اللحم عنده أقول هذه العبارة ليست بموجودة فى نسخ البناية لا فى المطبوعة ببيروت و لا في الهندية و الباكستانية و لا فى المخطوطة قال المحقق العلام ابن الهمام فى فتح القدير ص ٢١٥ ج٦ و أما الطرى فيجوز حين وجوده وزنا أيضا فاذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء و لو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء و هذا معنى قول محمد رحمه الله تعالى لا خير فى السلم فى السمك الطرى إلا في حينه يعنى أن يكون السلم مع شروطه في حينه كي لا ينقطع بين العقد و الحلول و ان كان فى بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت فى آحاده و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم فى لحمها اعتبارا بالسلم فى اللحم فانه يمنع السلم فى اللحم و عن أبى يوسف رحمه الله تعالى منع السلم فى الكبار وزنا مع إجازته فى اللحم فان هناك يمكن إعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ و لا يتأتى فى السمك ذلك اهـ. (٢)المغرب مادة ملح ص٢٧٣ ج٢ . (٣)ملح القدر من باب ضرب و فتح كما فى اللسان ص ٥٩٩ ج٢

قال و لا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز

في الأصل و النوادر و الصحيح من المذهب أن السلم يجوز (١) في السمك الصغار وزناً و كيلاً و يستوي فيه المالح و الطري في حينه و أما الكبار (٢) ففيه روايتان (٣) عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ظاهر الرواية يجوز كيفما كان و في رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى في كتاب الأمالي عنه أنه لا يجوز و على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم و في رواية أخرى عنهما لا يجوز بخلاف اللحم و قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنا و ضرباً معلوماً قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله تعالى قال بعض الناس هذا الحرف خطأ يعني قوله في حينه لأن السمك صيد و الصيد لا يكون له حين ففي كل وقت يمكن صيده ثم قال الصحيح ما ذكره في الكتاب لان صفة الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق و السمك الطري ربما يوجد في السوق و ربما لا يوجد فان أسلم في وقت يوجد في السوق جاز السلم و إن أسلم في وقت لا يوجد في السوق لا يجوز (قال و لا خير في السلم في اللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و عن (٤) العلامة شمس الأئمة الكردري رحمه الله تعالى أن المجتهد إذا استخرج حكما بالرأي فان كان في حيز عدم الجواز يقول لا خير و إن كان في حيز الجواز يقول لا بأس تحرزاً عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي و في المبسوط (٥) لا خير لأنه مختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال (٦) الأكمل خير نكرة وقعت في سياق النفي فتفيد نفي أنواع الخير بعمومه و معناه لا يجوز على وجه المبالغة (و قالا) أي قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إذا وصف) أي رب السلم (من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز) يعني إذا بين جنسه و نوعه و سنه و وصفه و موضعه كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الظهر

---

(١)يجوز أي بعد بيان النوع لقطع المنازعة كذا في الشامية ص٢٢٨ ج٤. (٢)أما الكبار أي وزنا و لا يجوز كيلا رواية واحدة أفاده أبو السعود كذا في الشامية. (٣)روايتان. و في الشامية و المختار الجواز و هو قولهما لأن السمن و الهزال غير معتبر فيه عادة و قيل الخلاف في لحم الكبار منه كذا في الاختيار. (٤)عن العلامة الخ. و في فتح القدير: و قول من قال ان المجتهد يقوله فيما يستخرج من الحكم بالرأى تحرزا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأى بعيد فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا و كلها من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات و أيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك.
(٥)المبسوط للسرخسي ص١٣٧ ج١٢. (٦)قال الأكمل في العناية ص٢١٥ ج٦.

لأنه موزون مضبوط الوصف و لهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا و يجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه و له أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم و كثرته أو في سمنه و هزاله على (١) اختلاف فصول السنة و هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة و في مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني و هو الأصح و التضمين بالمثل ممنوع

مائة من و به قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى و في الحقائق و العيون و الفتوى على قولهما (لأنه) أي لأن اللحم (موزون) في عادة الناس (مضبوط الوصف) ببيان هذه الاشياء و في المبسوط (٣) قيل لا خلاف بينهما و بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى بل جواب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا أطلق السلم في اللحم و هما لا يجوزان ذلك أيضاً و جوابهما فيما إذا بين منه موضعاً معلوما و أبوحنيفة رحمه الله تعالى يجوز ذلك أيضاً و الأصح أن الخلاف ثابت و أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز السلم و إن بين منه موضعا معلوما (و لهذا) أي و لاجل كونه موزونا مضبوط الوصف (يضمن بالمثل) و في ضمان العدوان إذا أتلفه الغاصب يضمن المثل وزنا و ما فيه من العظم غير مانع لجوازه لأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر و لهذا يجوز السلم في الألية و إن كانت لا تخلو من أدنى عظم و يجوز السلم في الشحم و الألية بالإجماع لانه موزون معلوم الوصف (و يجوز استقراضه) أي استقراض اللحم (وزنا) أي من حيث الوزن (و يجرى فيه ربا الفضل) بعلة الوزن (بخلاف لحم الطيور) فانه لا يجوز السلم فيه (لانه لا يمكن وصف موضع منه) لقلة لحمه (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي ان اللحم (مجهول للتفاوت في قلة العظم و كثرته) فيؤدي إلى المنازعة (أو في سمنه) اي للتفاوت في سمنه (و هزاله) لأن هذا يختلف (باختلاف فصول السنة) و بقلة الكلأ و كثرته (و هذه الجهالة) أشار به إلى الجهالة في الوجهين (مفضية إلى المنازعة) و المفضي إلى المنازعة مانع (و في مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني) و هو وجه السمن و الهزال (٤) قال صاحب المختلف و هو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى (و هو الأصح) أي و هذا الوجه هو الاصح لانه يجوز ان يكون الحكم معلولا بعلتين و لا يلزم من انتفاء إحدى العلتين انتفاء الحكم (و التضمين بالمثل ممنوع) هذا جواب عن قولهما و لهذا يضمن بالمثل بالمنع و بعد التسليم فالمثل أعدل عن القيمة لأن فيه رعاية الصورة

(١) على اختلاف -ن- باختلاف (٢) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في شرح الوجيز ص٤١٦ ج٦ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٣١٦ ج٤ و يصح السلم في اللحم و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى. (٣) المبسوط للسرخسي ص١٣٧ ج١٢. (٤) الهزال بضم الهاء (مص): قلة اللحم و الشحم نقيض السمن (بكسر السين و فتح الميم) كذا في المنجد مادة هزل.

و كذا الاستقراض و بعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة و لأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا يكتفى به قال و لا يجوز السلم إلا مؤجلاً

و المعنى و قال الإمام ظهير الدينؒ كان و الذى يقول إن كان اللحم نضيجا فهو من ذوات القيم و إن كان نيأ ففيه روايتان و ذكر فى الجامع الكبير و لو أن رجلا غصب من رجل لحماً فشواه ثم جآء إنسان و استحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب و كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم و قال الشيخ أبو المعين النسفىؒ في شرح الجامع الكبير قول محمد رحمه الله تعالى فى هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل و لا توجد الرواية أنه من ذوات القيم و ليس بمثلي إلا في هذا الموضع يعني في الجامع الكبير و لهذا قال صاحب الفتاوى الصغرىؒ تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال و رأيت وسط غصب المنتقي روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا استهلك لحماً قال عليه قيمته (و كذا الاستقراض) أي ممنوع أيضاً وزناً (و بعد التسليم) أي و بعد تسليم الجواز في التضمين بالمثل (فالمثل أعدل من القيمة) لأن الأصل في ضمان العدوان المماثلة في مثل الشيء صورة و معنى فيكون أعدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة (و لأن القبض) يعني في الاستقراض (يعاين) فيقبض حالاً فترتفع الجهالة فلا تفضى إلى المنازعة و هو معنىٌ قوله (فيعرف مثل المقبوض به في وقته) لأن القبض محسوس معاين (أما الوصف فلا يكتفى به) أي السلم يقع على الموصوف فى الذمة و بالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل فلا يكتفى به لبقاء الجهالة المفضية إلى المنازعة (قال) أي القدوريؒ (و لا يجوز السلم إلا مؤجلاً) يعني السلم الحال و هو السلم بغير أجل لا يجوز عندنا و به قال (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى

(١)و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى شرح الوجيز ص٣٩٦ ج٤ أقول و به قال ابن عباس و أبوسعيد و ابن عمرَ رضى الله تعالى عنهم و الأسود و الحسن رحمهما الله تعالى كما فى الصحيح للبخاريؒ باب السلم إلى أجل معلوم ص ٣٠٠ ج١ و به قال الاوزاعيؒ كما فىَ المغنى ص٣٢٨ ج٤ و قال الحافظ العينىؒ فى عمدة القارى ص ٧٠ ج١٢ و اختار ابن خزيمةؒ من الشافعية تأقيته إلى الميسرة و احتج بحديث عائشة رضى الله تعالى عنها رواه النسائىؒ أن النبى ﷺ بعث الى يهودى ابعث لى ثوبين الى الميسرة و ابن المنذرؒ طعن فى صحته و لئن سلمنا صحته فلا دلالة فيه على ما ذكره لأنه ليس فيه إلا مجرد الاستدعاء فلا يمتنع انه اذا وقع العقد قيد بشروطه و لذلك لم يصف الثوبين و نحوه فى فتح البارى ص٥٤٧ ج٤ و قال المحدث العلامة العثمانىؒ فى إعلاء السنن ص٤١٢ ج١٤ و لكن لا يستريح القلب الى هذا الجواب فالصحيح أن يقال إنه ليس فى الحديث ما يدل على كونه سلما بل كان شراء الثوبين بثمن مؤجل لكن على وجه لا يكون التأجيل شرطا فى العقد بل يكون على وجه التبرع من البائع فقط لأن لفظ الحديث فى النسائى: "لو أرسلت إليه فاشتريت منه ثوبين إلى الميسرة" و هو =>

و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز حالاً لإطلاق الحديث و رخص في السلم و لنا قوله عليه الصلاة و السلام إلى أجل معلوم فيما روينا و لأنه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم و لو كان قادراً على التسليم

(و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز حالاً) و في بعض النسخ و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز أي السلم بدون الأجل و به قال (١) عطاء و أبوثور رحمهما الله تعالى و اختاره ابن المنذر و صورة السلم الحال أن يقول أسلمت عشرة في كر حنطة و لم يذكر الأجل (لإطلاق الحديث) و هو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان (و رخص في السلم) فالنبي ﷺ أجاز السلم مطلقاً فاشتراط التأجيل زيادة على النص (و لنا قوله عليه الصلاة و السلا إلى أجل معلوم فيما روينا) يعني في أوائل (٢) الباب و هو قوله عليه الصلاة و السلام من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم و قد مر الكلام فيه هناك و قد شرط رسول الله ﷺ الأجل كما ترى فإن قيل (٣) معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم و به نقول و الحصر ممنوع و حينئذ لم يبق مقيداً فيحمل عليه المطلق و الدليل على ذلك قوله في كيل معلوم و وزن معلوم فإنه لا يجوز اجتماع الكيل و الوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيلياً و وزن معلوم إن كان وزنياً فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلا فالجواب أن قضية العقد كفت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لأنه خلاف الأصل سلمناه و لكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لا لضرورة و لا ضرورة فى التقدير فى الأجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيحتمل التقدير لأجله لأن قوله رخص فى السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة و هي إنما تكون لضرورة و لا ضرورة فى السلم الحال على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل (و لأنه) أي و لأن السلم (شرع رخصة دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر) أي المسلم إليه (على التحصيل) أي تحصيل المسلم فيه (فيه) أي في الأجل الذي عيناه ليحصل (فيسلم) أي المسلم إليه يسلم المسلم فيه (و لو كان قادراً على التسليم) في الحال لم يوجد

=> ظاهر فيما قلنا و ان كان الاستدلال بالقياس على المنصوص فالجواب عنه أن قوله "إلى الميسرة" فى الحديث ليس على وجه الاشتراط بل على وجه الوعد و معنى الحديث أنه أرسل إليه بشراء الثوبين بلا شرط و لكن وعده إيفاء الثمن إلى الميسرة و فرق ما بين الشراء بشرط الأجل المجهول و بينه بلا شرط الأجل بل بوعد إيفاء الثمن إلى أجل مجهول لأن فى الأولى الأجل حق للمشترى بخلاف الثانية فان الأجل فيه ليس بحق له و انما يشترطه ليدفع عنه تهمة المماطلة فقط فتأمل. (١)و به قال عطاء الخ كذا فى فتح القدير. (٢)أوائل الباب. البناية ص٧ ج١١. (٣)فان قيل الخ كذا فى العناية.

لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال و لا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا و لأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع و الاجل أدناه شهر و قيل ثلاثة أيام

المرخص لأن الرخصة شرعت لعذر مع قيام المانع و هو بيع المعدوم و العذر هو العجز عن التسليم و لو قدر على تسليمه (لم يوجد المرخص) فيه و هو عجز المسلم إليه (فبقي على النافي) و هو قوله عليه الصلاة و السلام لا تبع ما ليس عندك فإن قيل لو كانت شرعية السلم دفعا لحاجة المفاليس لكان اختص بحالة الإفلاس لأنه يثبت على خلاف القياس فيقتصر عليه و ليس كذلك ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة سلما و عنده أكرار حنطة قلنا إن الشيء لا يباع سلما إلا بأدنى الثمنين و التاجر لا يبيع إلا للربح فذاك البيع بأدنى الثمنين دليل على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الربح و لا عجز إلا بأن يجعل ما عنده مستغرقا لحاجته و لأن حقيقة العدم أمر باطني لا يمكن الوقوف عليه حقيقة و الشرع بنى هذه الرخصة على العدم فبقي على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به و البيع بالخسران دليل العدم و الجواب عن الحديث الذي استدل به الشافعي رحمه الله تعالى أنه يدل على جواز السلم بطريق الرخصة و الضرورة و نحن نقول به و لكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه إن كان قادراً انتفت الضرورة و إن لم يكن قادراً انتفى الغرض و المقصود فإن قلت معارضة محضة فلا يكون التأجيل فيها شرطا كما في بيوع الأعيان قلت يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم فإنه يشترط الأجل فيها و يبطل أيضا بالسلم المعدوم (قال) أي القدوري (و لا يجوز) أي السلم (إلا بأجل معلوم لما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام من أسلم منكم.. . الحديث و فيه إلى أجل معلوم و قد مر في أوائل (١) الباب و به قال (٢) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز الأجل إلى الحصاد لعدم إفضائه إلى المنازعة غالبا (و لأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع) فيفسد العقد بها (و الأجل أدناه شهر) قال (٣) صاحب التحفة لا رواية عن أصحابنا في المبسوط في مقدار الأجل و إختلفت الروايات عنهم و الأصح ما روي عن محمد رحمه الله تعالى أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الآجل و أقصى العاجل (و قيل ثلاثة أيام) أي أدنى المدة ثلاثة أيام و هو قول الشيخ أبي جعفر أحمد بن

---

(١)أوائل الباب. البناية ص٧ ج١١. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٣٢٩ ج٤ (الفصل الثاني) أنه لا بد من كون الأجل معلوما و لا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافا فأما كيفيته فانه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف و لا يصح أن يؤجله بالحصاد و الجزاز و ما أشبههما و كذلك قال ابن عباس رضي الله تعالى عنه و أبو حنيفة و الشافعي و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى أنه قال أرجو أن لا يكون به بأس و به قال مالك و أبو ثور رحمهما الله تعالى اه ملخصا. (٣)قال صاحب التحفة الخ كذا في فتح القدير.

و قيل أكثر من نصف اليوم و الأول أصح و لا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه و لا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة و قد مر من قبل و لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض و لا ينبسط كالقصاع مثلاً فإن كان

أبى عمران استاذ الطحاوي اعتباراً للأجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره ثلاثة أيام و هو رواية عن محمد رحمه الله تعالى و في شرح المجمع و هذا ليس بصحيح لأن الثلاث هناك أقصى المدة و أدناه غير مقدر و هكذا في الإيضاح (و قيل أكثر من نصف اليوم) و به قال أبوبكر الرازي و بعض أصحاب زفر رحمهم الله تعالى لأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس و المؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس و لا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم و في الذخيرة عن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه و إلى عرف الناس في التأجيل فإن كان قدر ما أجل أحد يؤجل مثله في العرف و العادة يجوز السلم (و الاول (١) أصح) أي تقدير أجل بشهر هو الاصح و قال الصدر الشهيد في طريقته المطولة و الصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه (قال) أي القدوري (و لا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه و لا بذراع رجل بعينه) و قال المصنف (معناه لا يعرف مقداره) يعني إذا كان لا يعرف مقدار المكيال و الذراع لا يجوز (لانه يتأخر فيه التسليم) أي تسليم المسلم فيه (فربما يضيع) لجواز الهلاك فيعجز عن التسليم (فيؤدي إلى المنازعة) و في شرح الطحاوي و لو أعلم قدره بملء هذا الإناء لم يجز إذا كان لا يدري كم يسع فيه بخلاف بيع العين فإنه إذا قال بعت منك من هذه الصبرة بملء هذا الإناء بدرهم يجوز و روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال لا يجوز بيع العين أيضا و لا يدري كم يسع في الإناء و قيل هذا إذا كان الإناء من حديد أو خشب أو خزف أو ما أشبه ذلك فيما لا يحتمل الزيادة و النقصان فأما إذا كان الإناء يحتمل الزيادة و النقصان كالزنبيل و الجوالق و الغرارة و ما أشبه ذلك فانه لا يجوز بيع العين أيضا إلا أن أبايوسف استحسن قرب المآء و أجازه و ان كان يحتمل الزيادة و النقصان و هو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلا بهذه القربة و عينها جاز (٢) البيع (و قد مر من قبل) أي في أول (٣) كتاب البيوع في مسألة و يجوز البيع بإناء بعينه (و لا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض و لا ينبسط كالقصاع مثلا فإن كان

---

(١)و الأول أصح الخ و في الشامية: و به يفتي زيلعي و هو المعتمد بحر و هو المذهب نهر. (٢)جاز البيع و في القنية: السلم في المآء مختلف فيه فان كان موضعا جرت العادة فيه بالسلم و ذكر الشرائط صح اه كذا في البحر.
(٣)اول كتاب البيوع البناية ص ٣٥ ج ١٠.

مما ينكبس بالكبس كالزنبيل و الجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال و لا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم و إليه أشار عليه الصلاة و السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه

مما ينكبس) من كبس (١) النهر أي طمه (بالكبس كالزنبيل) بكسر الزاي و سكون النون و كسر الباء الموحدة و سكون الياء آخر الحروف و باللام و يقال الزبيل بدون النون كذا في بعض النسخ و في الصحاح (٢) و الزبيل بالفتح بدون التشديد و بالكسر مع التشديد و زنبيل بالكسر أيضا لأنه ليس في كلام العرب زنبيل بالفتح (و الجراب) بكسر الجيم (لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) و قد مر بيانه الآن (قال) أي القدوريّ (و لا في طعام قرية بعينها) أي و لا يجوز (٣) السلم في طعام قرية بعينها لاحتمال الإنقطاع عنها (أو ثمرة نخلة بعينها) أي لا يجوز السلم أيضا في ثمرة نخلة بعينها (لانه قد يعتريه) أي يصيبه (آفة سماوية فلا يقدر) حينئذ (على التسليم و إليه) أي إلى هذا المعنى (أشار عليه الصلاة و السلام) أي أشار النبي ﷺ (حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه) هذا الموضع يحتاج إلي تحرير شاف و لم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع كما ينبغي و المصنفّ استدل بهذا الحديث لما ذكره القدوريّ و ليس بمستقيم لان هذا الحديث بهذا اللفظ ورد في البيع كما

---

(١) كبس النهر الخ و في المغرب ص٢٠٤ ج١ كبس النهر فانكبس و كذا كل حفرة اذا طمّها أى ملأها بالتراب و دفنها و منه: و ما كبس به الأرض من التراب أى طُمَّ و سُوِّيَ و اسم ذلك التراب الكبس (بالكسر) و الكبيس.

(٢) الصحاح للجوهرى مادة زبل ص١٧١٥ ج٤. (٣) لا يجوز السلم الخ قال العلامة الموفق الحنبليّ فى المغنى ص٣٣٢ ج٤ (فصل) و لا يجوز أن يسلم فى ثمرة بستان بعينه و لا قرية صغيرة لكونه لا يؤمن تلفه و انقطاعه قال ابن المنذرّ ابطال السلم اذا أسلم فى ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم و ممن حفظنا عنه ذلك الثورى و مالك و الأوزاعى و الشافعي و أصحاب الرأى و اسحاق رحمهم الله تعالى و قال أبو اسحاق الجوزجانىّ فى المترجم أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع اه ملخصا أقول و الدليل فيه ما رواه البيهقى فى البيوع باب لا يجوز السلف حتى يكون بصفة معلومة لا تتعلق بعين ص٢٤ ج٦ عن عبدالله بن سلام رضى الله تعالى عنه قال ان الله لما أراد هدى زيد بن سعنة فذكر الحديث الى ان قال فقال زيد بن سعنة يا محمد هل لك أن تبيعنى تمرا معلوما إلى أجل معلوم من حائط بني فلان قال لا يا يهودى و لكنى ابيعك تمرا معلوما الى كذا و كذا من الأجل و لا أسمى من حائط بنى فلان فقلت نعم فبايعني فأطلقت همياني و أعطيته ثمانين دينارا فى تمر معلوم الى كذا و كذا من الأجل و روى نحوه ابن ماجةّ فى التجارات باب السلف فى كيل معلوم و وزن معلوم الى أجل معلوم ص١٦٦ و فى اعلاء السنن ص٤٣٣ ج١٤ رواه الحاكمّ فى المستدرك (ص٦٠٥ ج٣) و قال حديث صحيح الاسناد و هو من غرر الحديث و محمد بن أبى أسرى العسقلانيّ ثقة اه و رواه ابن حبانّ فى صحيحه أيضاً.

و لو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخاري و البساخي بفرغانة قال و لا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير و نوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية

أخرجه (١) البخاري و مسلم عن حميد عن أنس رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو فقلنا لانس رضى الله تعالى عنه ما زهوها قال تحمر و تصفر أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك و لم يعرف ورود هذا الحديث في السلم فإن قلت في الصحيحين عن أنس رضى الله تعالى عنه أيضاً ان النبي ﷺ قال إن لم يثمرها الله فبما يستحل أحدكم مال أخيه فهل يؤخذ باطلاق هذا اللفظ فيدخل فيه السلم أيضاً قلت الظاهر أنه يصرف إلى البيع و لا يؤخذ منه السلم لان الروايتين أعني الاولى التي رواها حميدٌ و هذه الرواية حديث واحد ورد في البيع (و لو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة) أى لبيان أن صفة تلك الحنطة التى هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان (لا بأس به على ما قالوا) أى على ما قال المشايخ (كالخشمراني) أي كالحنطة المنسوبة إلى الخشمران بضم الخاء و سكون الشين المعجمتين و ضم الميم و بالراء و في آخره نون و هي قرية من قرى بخارى و نبه عليه المصنفُ بقوله (ببخارى) و بخارى مدينة مشهورة بما وراء النهر (و البساخي) أي و كالحنطة المنسوبة إلى بساخ بكسر الباء الموحدة و بالسين المهملة و بعد الألف خاء معجمة و هي قرية من قرى فرغانة نبه عليه بقوله (بفرغانة) بفتح الفاء و سكون الراء و بالغين المعجمة و بعد الألف نون مفتوحة و هاء و هي بلدة وراء الشاش و شاش بالمعجمتين مدينة وراء جيحون (قال) أي القدوريُّ (و لا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا بسبع شرائط) و في بعض النسخ بسبعة و الأول (٢) هو الأصح الأول (جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير و) الثاني (نوع معلوم كقولنا سقية) أى مسقية و في المغرب (٣) السقي ما يسقى سيحا (أو بخسية) بفتح الباء الموحدة و سكون الخاء المعجمة و كسر السين المهملة و تشديد الياء آخر الحروف و بالهاء و هي الحنطة المنسوبة إلى البخس (٤) و هي الأرض

---

(١)أخرجه البخاريُّ في البيوع باب بيع المخاضرة ص٢٩٣ ج١ و مسلمٌ فيه باب وضع الجوائح ص١٦ ج٢.
(٢)الأول هو الأصح و في فتح القدير: شرائط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبع و هو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا و سبع على تقديرها شريطة و كل وارد على اعتبار خاص و المعروف من النسخ ليس إلا المشهور سبع شرائط. (٣)و في المغرب مادة سقى ص٤٠٣ ج١ السقيُّ بوزن الشقيّ و الصبيّ: ما يسقى سيحا فعيل بمعنى مفعول و البخسيّ خلافه و مثلهما في المعنى المسقويّ و المظمئيّ.
(٤)البخس الخ كذا في المغرب مادة بخس ص٥٩ ج١.

وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء و مقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف أو كذا وزنا و أجل معلوم و الاصل فيه ما روينا و الفقه فيه ما بينا و معرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل و الموزون و المعدود و تسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل و مؤنة

التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء و الثالث هو ما ذكره بقوله (وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء) و أشار إلى الرابع بقوله (و مقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف أو كذا وزناً) و أشار إلى الخامس بقوله (و أجل معلوم) و هذه خمسة متفق عليها فلذلك ذكرها مقتصراً عليها و لم يذكر السادس و السابع عقيب هذه الخمسة للاختلاف فيهما و ذكرهما بعد بعض ألفاظ و بين الخلاف فيهما (و الأصل فيه) أي في اشتراط الشرائط المذكورة (ما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام من أسلم منكم... الحديث و قد مضى (و الفقه فيه ما بينا) و هو قوله و لأن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع (و معرفة مقدار رأس المال) هذا هو الشرط السادس من الشروط السبعة التي شرطها أبوحنيفة رحمه الله تعالى و هو عطف على قوله و أجل معلوم و قوله و الأصل فيه ما روينا و الفقه ما بينا جمل معترضة بين المعطوف و المعطوف عليه و قيد بقوله (إذا كان) أي رأس المال (يتعلق العقد على مقداره) احترازاً عما لا يتعلق العقد بمقداره كالمذروعات فانه يجب فيه بيان مقداره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما أيضاً و هو قول مالك و أحمد رحمهما الله تعالى أيضاً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و بين قوله إذا كان العقد يتعلق بمقداره (كالمكيل) من المكيلات (و الموزون) من الموزونات (و المعدود) من المعدودات و وجب في كل منها إعلام مقداره و ان كان مشارا إليه و به قال (١) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و هو (٢) مروي عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و قول الفقيه من الصحابة رضى الله تعالى عنهم مقدم على القياس (و تسمية المكان) هو الشرط السابع و هو عطف على قوله و معرفة مقدار رأس المال (الذي يوفيه) أي المسلم اليه المسلم فيه (فيه) أي في المكان (إذا كان له حمل) بالفتح ذكره في المغرب (٣) و هو مصدر حمل الشيء يعنون به ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر و اجرة حمال (ومؤنة) أي كلفة هذان الشرطان من السبعة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به (٤) قال الشافعي رحمه الله تعالى

---

(١)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني مع الشرع الكبير ص٣٣٧ ج٤. (٢)و هو مروى الخ كذا في فتح القدير. (٣)المغرب ص٢٢٥ ج١. (٤)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في شرح الوجيز ص٤٠٣ ج٤.

و قالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا و لا إلى مكان التسليم و يسلمه في موضع العقد فهاتان مسألتان و لهما في الاولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن و الأجرة فصار كالثوب و له أنه ربما يوجد بعضها زيوفا و لا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما

في وجه (و قالا) أي أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً) أي إذا كان مشاراً إليه لا يحتاج إلى تسمية قدره (و لا) أي و لا يحتاج أيضاً (إلى مكان التسليم) أي إلى بيان مكان تسليم المسلم فيه (و يسلمه) أي يسلم المسلم إليه المسلم فيه (في موضع العقد) و به قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى أولاً و الشافعي رحمه الله تعالى (١) في الأصح و اختاره المزنيّ و قال (٢) أحمد رحمه الله تعالى لا يجب ذكر بيان مكان الإيفاء و لو ذكره فهل يبطل السلم عنه روايتان (فهاتان مسألتان) أي المسألتان اللتان فيهما اختلاف بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (و لهما) أي و لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في الأولى) أي في المسألة الأولى و هي إعلام مقدار رأس المال (أن المقصود) أي من إعلام مقدار رأس المال القدرة على التسليم و هي (يحصل بالإشارة) إلى العين فيغني ذلك عن الإعلام بالقدر (فأشبه الثمن) يعني في البيع (و الأجرة) يعني في الاجارة يعني إذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة و أشار إليهما جاز و إن لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي أن يكتفي بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً (و صار كالثوب) أي و صار هذا كما إذا كان رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً و إن لم يعرف ذرعانه (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً و لا يستبدل في المجلس) أي في مجلس الرد (فلو لم يعلم قدره) و في بعض النسخ فلو لم يعرف قدره أي قدر رأس المال (لا يدري في كم بقي) بعد إخراج الزيوف و اذا كان مقدار رأس المال معلوما بوزن المردود فيعلم أنه في كم انتقض العقد و تحقيقه (٣) أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً و ربما يجد بعض ذلك زيوفاً و لا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقض السلم و في كم بقي فجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها و هكذا إذا استحق بعض رأس المال ينفسخ العقد بقدره (أو ربما) إشارة إلى

---

(١)الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في الوجيز مع شرحه ص٤٠٣ ج٤. (٢)قال احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا في المغني ص٣٣٩ ج٤. (٣)و تحقيقه الخ. كذا في العناية.

لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال و الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره و من فروعه إذا أسلم فى جنسين و لم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين و لم يبين مقدار أحدهما

وجه آخر لفساده (لا يقدر) أي المسلم إليه (على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال) لأنه ليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله و إذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل (١) ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص أجاب المصنف رحمه الله تعالى عن ذلك بقوله (و الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه) أي لشرع السلم (مع المنافي) إذ القياس يخالفه ألاترى انه إذا أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال و عوده إلى الجهالة فان قيل (٢) هذا اعتبار لشبهة الشبهة و ذلك لأن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة و احتمال لانه يحتمل أن لا يجد زيفا و هو الظاهر و بعد الوجود الرد محتمل و بعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل و المعتبر هو الشبهة دون النازلة عنها و هي شبهة الشبهة قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلاً منهما مبني على وجوده زيفا فكان شبهة واحدة فيعتبر (بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً) هذا جواب عما قاساه عليه من الثوب و تقريره أن الثوب الذي جعل رأس المال لا يصح القياس عليه (لأن الذرع وصف فيه) أي في الثوب المعين (لا يتعلق العقد على مقداره) و لهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً و لو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن و ليس كلامنا في ذلك و إنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق و لم يجب عن الثمن و الأجرة لأن الدليل تتضمن ذلك فإن البيع و الإجارة لا ينفسخان برد الثمن و الأجرة و ترك الاستبدال في مجلس الرد (و من فروعه) أي و من فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال (إذا أسلم في جنسين) بأن قال أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة و كر شعير أو فى ثوبين مختلفين (و لم يبين رأس مال كل واحد منهما) فعنده لا يجوز و عندهما يجوز (أو أسلم جنسين) بأن قال أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة و هذه الدنانير أو على العكس (و لم يبين مقدار أحدهما) أي الدنانير أو الدراهم العشرة فهذا فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز و عندهما يجوز لما أن إعلام قدر رأس المال شرط عنده و المالية تنقسم على الحنطة و الشعير باعتبار القيمة و طريق معرفته الحرز فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً و كذلك في المسألة الثانية

---

(١)فان قيل الخ كذا فى الغناية. (٢)فان قيل الخ كذا فى الكفاية.

و لهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه و لأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الأوامر و صار كالقرض و الغصب و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض و الغصب و إذا لم يتعين

كذا في المبسوط (١) (و لهما) أي و لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (في الثانية) أي في المسألة الثانية (أن مكان العقد يتعين) أي للإيفاء لان مكان العقد مكان الالتزام فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض و الإستهلاك (لوجود العقد الموجب للتسليم فيه) أي في مكان العقد و ما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد (و لانه) أي و لأن مكان العقد (لا يزاحمه مكان آخر فيه) أي في التسليم لعدم ما يوجبه و ما هو كذلك (فيصير نظير أول أوقات الامكان في الاوامر) لان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه و هذا (٢) على قول الكرخي في الامر المطلق فانه يتعين وجوب الاداء في أول أوقاته الممكنة عنده (و صار كالقرض و الغصب) فانه يتعين مكان القرض و الغصب للتسليم بالإجماع قال (٣) الأكمل رحمه الله تعالى و نوقض بما إذا باع طعاما و هو في السواد فانه روي عن محمد رحمه الله تعالى أن المشترى إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له و إن لم يعلم فله الخيار و لو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار و عورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة و شرط على البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده سواء اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه و الجواب على النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضراً و المبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم إليه و هو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضراً بحضوره و فيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل و مثله يعد انقطاعا و عن المعارضة بأن التعيين بالدلالة فاذا جاء بصريح يخالفها يبطلها و إنما فسد في بيع العين لانه قابل الثمن بالمبيع و الحمل فتصير صفقة في صفقة (و لابى حنيفة رحمه الله تعالى ان التسليم) أي تسليم السلم فيه (غير واجب فى الحال) لاشتراط الاجل بالإتفاق و كل ما هو تسليمه غير واجب فى الحال (فلا يتعين) أي مكان العقد فيه للتسليم (بخلاف القرض و الغصب) و الاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه (و اذا لم يتعين) أي مكان العقد

(١) المبسوط للسرخسي ص١٤٩ ج١٢. (٢) هذا على قول الكرخي الخ. كذا فى فتح القدير. (٣) قال الأكمل فى العناية ص٢٢٣ ج٦.

فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان و صار كجهالة الصفة و عن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله تعالى إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة و قيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما و على هذا الخلاف الثمن و الأجرة و القسمة و صورتها إذا اقتسما داراً و جعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل و مؤنة و قيل لا يشترط ذلك في الثمن و الصحيح أنه

للإيفاء بقي مكان الإيفاء مجهولاً (فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة لان قيم الأشياء باختلاف المكان) و رب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن و المسلم إليه يسلمه في خلاف ذلك (فلا بد من البيان) دفعا للمنازعة (و صار كجهالة الصفة) يعني أن باختلاف الصفة في المسلم فيه تختلف القيمة فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضا ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان (و عن هذا) أي عن الذي قلنا و هو اختلاف المكان كجهالة الصفة (قال من قال من المشايخ رحمهم الله تعالى إن الاختلاف فيه) أي في مكان الإيفاء (عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (يوجب التحالف كما في الصفة) أي كما إذا اختلفا في صفة الجودة و الرداءة في أحد بدلي السلم (و قيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه و عندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري و صاحب الإيضاح و صاحب الكفاية رحمهم الله تعالى لأن المكان يتعين عندهما و هو معنى قوله (لأن تعين المكان قضية العقد) أي مقتضاه (عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعاسلى فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد و عنده لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل و الاختلاف فيه لا يوجب التحالف (و على هذا الخلاف) و هو انه هل يشترط بيان مكان إيفاء الثمن في بيع العين إذا كان له حمل و مؤنة (الثمن) صورته جعل المكيل أو الموزون ديناً في الذمة ثمناً في البيع يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما (و الأجرة) صورته منصوص في كتاب الإجارات إذا كان الشيء الذي جعل اجراً ديناً و لحمله مؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يصح إلا بتعيين مكان الإيفاء و عندهما يجوز من غير تعيين كما يجيء الآن (و القسمة و صورتها إذا قتسما داراً و جعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل و مؤنة) يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما لا يشترط و يتعين مكان القسمة (و قيل لا يشترط ذلك) أي بيان مكان الإيفاء (في الثمن) عند الكل (و الصحيح أنه) أي أن بيان مكان الإيفاء

يشترط إذا كان مؤجلاً و هو اختيار شمس الأئمة السرخسيّ و عندهما يتعين مكان الدار و مكان تسليم الدابة للإيفاء قال و ما لم يكن له حمل و مؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا يختلف قيمته و يوفيه في المكان الذي أسلم فيه قال و هذه (١) رواية الجامع الصغير و البيوع و ذكر في الإجارات أنه يوفيه فى أي مكان شآء و هو الأصح لأن الأمكان كلها سواء و لا وجوب في الحال و لو عينا مكاناً

(يشترط إذا كان مؤجلاً) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و هو اختيار شمس الأئمة السرخسيّ) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يتعين مكان الدار) في إجارة الدار (و مكان تسليم الدابة) في إجارة الدابة (للإيفاء) أي لأجل إيفاء الأجرة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و ما لم يكن له حمل و مؤنة) كالمسك (٢) و الكافور و الزعفران و صغار اللؤلؤ (لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع) أي بإجماع الأئمة الأربعة و أصحابهم (لأنه) أي لأن ما ليس له حمل و مؤنة (لا يختلف قيمته) لأن الأماكن كلها سواء و المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل و لا مؤنة و إنما تختلف بعزة الوجود و كثرة رغبات الناس و قلتها و قيل ما لم يكن له حمل و مؤنة هو الذى لو امر انساناً يحمله إلى مجلس القضاء حمله مجاناً و قيل هو ما يمكن دفعه بيد واحدة (و يوفيه) أي يوفي (٣) المسلم اليه المسلم فيه (فى المكان الذي أسلم فيه) لأنهم اتفقوا على أن بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة و لكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء فيه روايتان أشار المصنفّ إليهما بقوله (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى (و هذا) أي قوله و يوفيه في المكان الذي أسلم فيه (رواية الجامع الصغير و البيوع) أي بيوع الأصل و هو المبسوط (و ذكر في الإجارات) أي في كتاب الإجارات (أنه يوفيه في أي مكان شاء) أي المسلم إليه (و هو الأصح) أي المذكور في الإجارات هو الأصح و به قال (٤) الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح (لأن الاماكن كلها سواء) و قد ذكرناه الآن (و لا وجوب في الحال) جواب عن سؤال و هو أن يقال يجوز أن يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم فقال لا يجب التسليم في الحال ليتعين ضرورة اعتباره (و لو عينا مكاناً) أي فيما

(١)هذه –ن– هذا. (٢) كالمسك الخ يعنى القليل منه و إلا فقد يسلم فى أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا كذا فى فتح القدير ص٢٢٦ ج٦ و أراد بالقليل ما لا يحتاج الى ظهر و أجرة حمال فافهم كذا فى الشامية ص٢٣١ ج٤. (٣)يوفى الخ و فى فتح القدير: و كل ما قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتأتى التسليم فيه و ما لا بأن أسلم اليه و هما فى مركب فى البحر أو جبل فانه يجب فى أقرب الأماكن التي يمكن فيها منه. (٤)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى فتح القدير.

قيل لا يتعين لأنه لا يفيد و قيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق و لو عين المصر فيما له حمل و مؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال و لا يصح السلم حتى يقبض

لا حمل له و لا مؤنة (قيل لا يتعين لأنه) أي لأن التعيين (لا يفيد) حيث لا يلزم بنقله مؤنة (و قيل (١) يتعين لأنه يفيد (٢) سقوط خطر الطريق) لرب السلم (و لو عين المصر) أي رب السلم (فيما له حمل و مؤنة يكتفي به) أي بتعين المصر (لأنه) أي لأن المصر (مع تباين أطرافه كبقعة واحدة) أي كمكان واحد لأن القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة و قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ و لم يبين ناحية منه لا يجوز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة كذا فى المحيط (فيما ذكرنا) قال الكاكيّ أي فيإختلاف القيمة و قال الأترازيّ قوله فيما ذكرنا أي المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فى القيمة حيث لا يختلف باختلاف المحال و لهذا لو دفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة كان له أن يعمل في أي مكان شآء منها و قال (٣) الأكملّ فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة و قيل (٤) فيما ذكرنا من المسائل و هي السلم و الثمن و الأجرة و القسمة (قال) أي القدوريّ (و لا يصح (٥) السلم حتى يقبض

(١)و قيل يتعين و هو الأصح و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى ذكره فى التحفة كذا فى الفتح. (٢)لأنه يفيد الخ معناه انه اذا تعين المكان و أوفاه فى مكان آخر يلزم المسلم اليه نقله الى المكان المعين فاذا هلك فى الطريق يهلك عليه فيكون رب السلم قد سقط عنه خطر الطريق بذلك بخلاف ما اذا لم يتعين فانه اذا نقل بعد الايفاء إلى المكان المعين يكون هلاكه على رب السلم كذا فى الشامية ص ٢٣١ ج٤. (٣)قال الأكملّ فى العناية ص٢٢٦ ج٦. (٤)قيل فيما ذكرنا الخ أقول لا يخفى عليك كذا فى السعدية. (٥)لا يصح السلم الخ أقول و بقولنا قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى إن تأخر التسليم مدة يسيرة كاليوم و اليومين لم يضر و ان تأخر مدة طويلة بطل العقد كما في شرح الوجيز ص٣٩١ ج٤ و المغنى ص٣٣٤ ج٤. أقول استدل الجمهور باحاديث منها ما رواه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قدم النبى ﷺ المدينة و هم يسلفون فى التمر السنتين و الثلاث فقال من سلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم و قد مر تخريجه فى هامش البناية ص٦ ج١١ قال البيهقيّ فى البيوع باب لا يجوز السلف حتى يدفع المسلف عن ما يسلف فيه الخ ص٢٣ ج٦: قال الشافعي رحمه الله تعالى قول النبى ﷺ "من سلف فليسلف" انما قال فليعط لا يقع اسم التسليف فيه حتى يعطيه ما سلفه قبل أن يفارق من سلفه اه و منها ما رواه الدارقطنيّ فى البيوع ص٧١ ج٣ عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ و صححه الحاكم فى المستدرك و أقره عليه الذهبيّ و صححه الطحاويّ و منها ما رواه البيهقيّ فى الباب المذكور آنفا ص٢٤ ج٦ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا نرى بالسلف بأسا الورق فى شئ الورق نقدا قال العثمانيّ فى إعلاء السنن ص٤٢٧ ج١٤ و هذا سند حسن و دلالة قوله: "الورق نقدا" على اشتراط قبض رأس المال فى المجلس ظاهرة.

رأس المال قبل أن يفارقه فيه أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين و قد نهى النبي عليه الصلاة و السلام عن الكالىء بالكالىء و إن كان عيناً فلأن السلم أخذ عاجل بآجل إذ الإسلام و الإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم و لأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم و لهذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الإنعقاد في حق الحكم و كذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد

رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أي في المجلس و المراد منه المفارقة بالأبدان ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد و إنما تسليمه إلى المسلم إليه جعل شرطاً قبل الافتراق بالأبدان ألا ترى أنهما لو تعاقدا عقد السلم و مكثا بعد ذلك يوماً إلى الليل و لم يغب أحدهما عن صاحبه ثم سلم رأس المال و افترقا صح السلم و اعلم أن قبض رأس المال قبل المفارقة شرط (أما إذا كان) أي رأس المال (من النقود) مثل الدراهم و الدنانير و افترقا قبل قبض رأس مال السلم فانه لا يصح (فلأنه افتراق عن دين بدين) و ذلك لا يجوز (و قد نهى النبي ﷺ عن الكالىء بالكالىء) و هذا الحديث (١) قد تقدم أي النسيئة بالنسيئة (و إن كان) أي رأس المال (عيناً) كالتبر و المصوغ و الثوب و الحيوان (فلأن السلم أخذ عاجل بآجل) لأنه عقد تثبت الملك في الثمن عاجلاً و في المثمن آجلاً فاشترط تعجيل رأس المال ليتحقق به المعنى الذي وضع له الاسم (إذ الإسلام و الإسلاف ينبئان عن التعجيل) لأن السلم أخذ عاجل بآجل و المسلم فيه آجل فيجب ان يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الصرف و الحوالة و الكفالة فإن هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة كذا في المبسوط (٢) فإذا كان الاسم كذلك (فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم) أي اسم السلم أو السلف (و لأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب) أي ليتصرف (المسلم اليه فيه) أي في رأس المال (فيقدر) بالنصب عطفاً على ليتقلب (على التسليم) إذا كان فيه الشرط لهما (و لهذا) إيضاح لاشتراط قبض رأس مال السلم (قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما) أي للمتعاقدين (أو لأحدهما) أي أو كان خيار الشرط لأحدهما (لأنه) أي لأن خيار الشرط (يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد فى حق الحكم) و هو ثبوت الملك (و كذلك لا يثبت فيه) أي في السلم (خيار الرؤية لأنه غير مفيد) إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع و المسلم فيه دين فى الذمة فإذا رد المبقوض عاد ديناً

---

(١) هذا الحديث قد تقدم فى البناية ص ٤١٩ ج ١٠ . (٢) المبسوط للسرخسي ص ١٢٧ ج ١٢ .

بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض و لو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق و رأس المال قائم جاز خلافاً لزفرؒ و قد مر نظيره و جملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال و تعجيله و اعلام المسلم فيه و تأجيله و بيان مكان الإيفاء و القدرة على تحصيله فإن أسلم

كما كان لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض و إنما تناول مثله ديناً في الذمة فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله فإذا لم يفد فائدته لا يثبت بخلاف بيع العين فانه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد لأنه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ العقد برده كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى و قال الأترازيؒ قوله و كذا لا يثبت فيه خيار الرؤية فيه إشكال لأن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه فلا يجوز الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال و به صرح في التحفة و لا يجوز الثاني أيضاً لأنه لا يرتبط به الكلام لأن سوق كلامه أن تسليم رأس المال شرط قبل المفارقة و أوضح ذلك بعدم صحة السلم بخيار الشرط و يبقى قوله و كذا لا يثبت خيار الرؤية فيه أجنبياً انتهى و قال (١) الاكملؒ انه يعود إلى المسلم فيه و ذكره استطرادا و يجوز أن يعود إلى رأس المال (بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض) لأن تمام العقد يتعلق بتمام الصفقة و تمام الصفقة يتعلق بتمام الرضى و الرضى تام وقت العقد كذا في المبسوط (و لو أسقط) أي رب السلم (خيار الشرط قبل الافتراق و رأس المال قائم) أي و الحال أن رأس المال قائم في يد المسلم إليه (جاز) أي السلم عندنا و إنما قيد بأن يكون رأس المال قائماً لأنه إذا أسقط خياره بعد هلاك رأس المال في يد المسلم إليه و انفاقه لا يعود السلم جائزاً بالإجماع (خلافاً لزفر) و الشافعي (٢) و مالك رحمهما الله تعالى أيضاً (و قد مر نظيره) أي مر نظير هذا في باب البيع الفاسد و هو انه إذا باع إلى أجل مجهول كالحصاد و الدياس و نحوهما ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل حلوله جاز عندنا خلافاً لهم (و جملة الشروط) أي جملة شروط السلم (جمعوها) أي جمعها المشايخ رحمهم الله تعالى (في قولهم إعلام رأس المال) و هو مشتمل على بيان جنسه و نوعه و قدره و صفته (و تعجيله) المراد به التسليم قبل الافتراق (و اعلام المسلم فيه) و هو مشتمل على بيان الجنس و النوع و الصفة و القدر (و تأجيله) يعني إلى أجل معلوم (و بيان مكان الإيفاء) أي إيفاء المسلم فيه (و القدرة على تحصيله) أي تحصيل المسلم فيه و هو أن لا ينقطع و هذه الشروط مر بيان جميعها عند قوله و لا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إلا بسبع شرائط (فإن أسلم) و في نسخة تاج الشريعةؒ و من أسلم

(١) قال الأكملؒ في العناية ص٢٢٨ ج٦. (٢) الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى كذا في فتح القدير ص٢٢٨ ج٦.

مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه و مائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض و يجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه و لا يشيع الفساد لان الفساد طارىء إذ السلم وقع صحيحاً و لهذا لو نقد رأس المال قبل الإفتراق صح إلا انه يبطل بالإفتراق لما بينا و هذا لان الدين لا يتعين فى البيع ألا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا

(مائتي درهم في كر حنطة) قال الأزهري الكر ستون قفيزاً و القفيز ثمانية مكاكيك و المكوك صاع و نصف و هو ثلاث كيلجات كذا فى المغرب (١) و فى الحسامى الكر اسم لأربعين قفيزا (مائة منها دين على المسلم إليه و مائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لفوات القبض) في قدر الدين إذ العقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه و إنما ينعقد بمثله و هو غير مقبوض (و يجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه) أي شرائط السلم (و لا يشيع الفساد) جواب عن قول زفر فإنه يقول يشيع الفساد و يبطل العقد فى حصة النقد ايضاً لأن هذا فساد قوي تمكن في صلب العقد فيفسد به الكل فأجاب المصنف عنه بقوله لا يشيع الفساد (لأن الفساد طارىء) لأنه ما اقترن بأصل العقد ألا ترى أنهما لو أخرا التسلم و التسليم إلى آخر المجلس يكون العقد صحيحاً (إذ السلم وقع صحيحاً و لهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح) أي السلم (الا انه يبطل بالافتراق لما بينا) إشارة إلى قوله و قد نهى النبى ﷺ عن الكالئ بالكالئ (و هذا) إشارة إلى قوله إذ السلم وقع صحيحاً (لأن الدين لا يتعين في البيع) لأن النقود لا تتعين في العقود إذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً فصار الإطلاق و التقييد سواء (ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحاً) و يستدل بهذه المسألة على أن الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه فيكون الإطلاق و التقييد فيه سواء و في النهاية إنما قيد بقوله مائة منها دين على المسلم إليه لأنه لو كان ديناً على الأجنبي و المسألة بحالها يشيع الفساد في الكل لأنها ليست بمال في حقهما و مذهبنا مروي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما فإن قيل هذا منقوض بثلاث مسائل إحداها أن الرجل إذا قال إن بعت هذا العبد بهذا الكر من الحنطة و بهذه الدراهم فهما فى المساكين صدقة فباعه بهما يحنث بالكر و الدراهم و هذا آية تعيين النقود و ثانيها أن الرجل إذا باع ديناراً بعشرة فنقد الدينار و لم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوباً فالبيع فاسد و ثالثها أن الرجل إذا باع عيناً بدين و هما يعلمان أن لا دين فالبيع فاسد و لو كان الإطلاق و التققيد سواء لجاز العقدان

---

(١) المغرب ص ٢١٤ ج ٢.

قال و لا يجوز التصرف في رأس مال السلم و المسلم فيه قبل القبض أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد و أما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع و التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز

و لما حنث في المسألة الأولى قلنا أما الأولى فنحن ندعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقاً لا جوازاً فلا تلزم لأنها تتعين جوازاً للإستحقاق و أما الثانية فلانتقاض الصرف باختلاف الجنس بالاستعمال بالعقد الآخر فيتحقق البيع بلا ثمن و أما الثالثة فإنما لم يجز البيع لمكان الهازل به لأن هذا بيع بلا ثمن فيكون منهما تهازلاً به و هي تتعين في حق الجواز (قال) أي القدوري (و لا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) هذا باتفاق الفقهاء (أما الأول) أي التصرف في رأس مال السلم قبل القبض (فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد) لأن قبض رأس المال في المجلس حق الله تعالى و التصرف يبطله و إنما شرط القبض احترازاً عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف فيه بالبيع و الهبة و الوصية و نحوها فات الشرط (و اما الثاني) (١) و هو التصرف في المسلم فيه قبل القبض (فلأن المسلم فيه مبيع و التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) أما

---

(١)و أما الثاني الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٣٤١ ج ٤ أما بيع المسلم فيه (من غير بائعه) قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا و أما الشركة فيه و التولية فلا تجوز أيضا و بهذا قال اكثر أهل العلم و حكى عن مالك رحمه الله تعالى جواز الشركة و التولية و أما بيع المسلم فيه من بائعه فهو أن يأخذ غير ما اسلم فيه عوضا عن المسلم فيه فهذا حرام سواء كان المسلم فيه موجودا أو معدوما سواء كان العرض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو اكثر و بهذا قال أبو حنيفة و الشافعي رحمهما الله تعالى و ذكر ابن أبي موسى عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى فيمن أسلم في بر فعدمه عند المحل فرضي المسلم بأخذ الشعير مكان البر جاز و لم يجز اكثر من ذلك و هذا يحمل على الرواية التي فيها ان البر و الشعير جنس واحد و الصحيح في المذهب خلافه و قال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتعجله و لا يؤخره إلا الطعام فأما ان أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيرا منه أو دونه في الصفات جاز (فصل) فأما الاقالة في المسلم فيه فجائزة قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الاقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة فأما الاقالة في بعض المسلم فيه فاختلف عن احمد رحمه الله تعالى فيها فروى عنه أنها لا تجوز و رويت كراهتها عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما و سعيد بن المسيب و الحسن و ابن سيرين و النخعي و سعيد بن جبير و ربيعة و ابن أبي ليلى و اسحاق رحمهم الله تعالى و روى حنبل عن احمد رحمه الله تعالى انه قال لا بأس بها و روى ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما و عطاء و طاوس و محمد بن علي و حميد بن عبد الرحمن و عمرو بن دينار و الحكم و الثوري و الشافعي و النعمان (أبي حنيفة) و أصحابه و ابن المنذر رحمهم الله تعالى اه ملخصا و في المنحة على البحر: فائدة خمسة أشياء تجوز في السلم: الوكالة و الحوالة و الكفالة و الاقالة و الرهن و خمسة أشياء لا تجوز في السلم: الشركة و التولية و بيعه قبل القبض و الاعتياض عن المسلم فيه و الاعتياض عن رأس المال بعد الاقالة كذا في خزانة أبي الليث.

و لا يجوز الشركة و التولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه الصلاة و السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك

لو دفع إليه أردأ أو أجود برضى المسلم إليه جاز لأنه جنس حقه فلم يكن استبدالاً و لو أبرأه عنه فقيل يبطل العقد لعدم القبض و لو رد البراءة لم تبطل و التخلية فيه قبض عند محمد رحمه الله تعالى خلافاً لأبى يوسف رحمه الله تعالى و إنما قيد بقوله قبل القبض احترازاً عما بعد القبض و لهذا قال في شرح الطحاوي و لا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال و أن يبيعه تولية و أن يبيعه مواضعة و أن يشرك فيه غيره (و لا يجوز الشركة و التولية في المسلم فيه) قبل قبضه (لأنه) أي لأن كل واحد من الشركة و التولية (تصرف فيه) أي في المسلم فيه و التصرف فيه قبل القبض لا يجوز و هذا أيضاً من لفظ القدوري و إنما خصهما بالذكر بعد ما عمهما بقوله و لا يجوز التصرف... إلى آخره لأنهما أكثر وقوعاً من المرابحة و المواضعة و قيل احتراز عن قول البعض انه يجوز عنده التولية فى بيع العين و السلم و حكي ذلك عن مالك رحمه الله تعالى (فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً آخر حتى يقبضه كله) هذه من مسائل الجامع الصغير و صورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم فأراد رب السلم أن يشتري برأس مال السلم شيئاً قبل أن يقبضه قال ليس له ذلك و لا يجوز شراؤه قوله لم يكن له أن يشتري و في الإيضاح هذا استحسان و القياس أن يجوز و هو قول زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لأنهما لما تقايلا بطل السلم و بقي رأس المال ديناً في حصته فيصح الاستبدال به كسائر الديون لأنه لا يجب قبضه في المجلس و دليلنا قول المصنف رحمه الله تعالى (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبى ﷺ (لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك) لم أر أحداً من الشراح بين حال هذا الحديث غير أن الأترازي قال احتج أصحابنا بما روي عن أبى سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره أقول رواه (١) أبوداود و سكت عليه و رواه (٢) الترمذي في علله الكبير و قال لا أعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه و هو حديث حسن و رواه

---

(١) رواه أبوداود فى البيوع باب السلف لا يحول ص١٣٥ ج٢ و ابن ماجة فى التجارات باب من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ص١٦٦ و الدارقطني فى البيوع ص٤٥ ج٣. (٢) رواه الترمذي الخ كذا فى نصب الراية ص٥١ ج٤.

أي عند الفسخ و لأنه أخذ شبهاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه و هذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث و لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله

ابن ماجةؒ فى سننه عن عطية (١) عن النبى ﷺ مرسلاً و لم يذكر فيه سعدا و رواه الدارقطنىؒ فى سننه بلفظ فلا يأخذ الاما أسلم فيه أو رأس ماله و هذا قريب من لفظ المصنفؒ و روى (٢) عبد الرزاقؒ في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال إذا سلّفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي سلفت فيه (أي عند الفسخ) هذا تفسير من المصنفؒ و المعنى لا تأخذ إلا سلمك أي المسلم فيه حال قيام العقد أو رأس مالك عند الانفساخ إذ لا يمكنه أخذه حال قيام العقد فقد جعل حق رب السلم أخذ المسلم فيه و بعده أخذ رأس المال (و لأنه) أي و لأن رأس المال (أخذ شبهاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه) أي في رأس المال (قبل قبضه و هذا) أي كونه مشابهاً للمبيع (لأن الإقالة بيع جديد) أي بيع ابتداء (في حق ثالث) أي غير المتعاقدين (و لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه) أي بالإقالة هذا جواب سؤال و هو أن يقال لم لا يجوز أن يجعل بيعاً جديداً في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لرأس المال جهة كونه مبيعاً فقال لا يمكن جعله مبيعاً لسقوطه لأنه دين يثبت بالسلم و يسقط بالإقالة و لهذا ان الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه عن الذمة فلو صح نقضها لعاد المسلم فيه واجباً و الساقط لا يعود (فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله) أي مثل المسلم فيه و جعل الدين مبيعاً ليس بمحال فجعل رأس المال مبيعاً ضرورة إذ لو لم يجعل مبيعاً تبطل الإقالة ألا ترى انهما لو تقايلا في باب البيع و هلك المبيع بعد الإقالة قبل القبض تبطل الإقالة و هاهنا لما تقايلا سقط المسلم فيه و صار كالهالك فلو لم يجعل رأس المال مبيعاً لبطلت الإقالة و قد صحت هاهنا فلا بد من قيام المعقود

(١)عطية. قال عبد الحقؒ فى أحكامه: و عطية العوفي لا يحتج به و ان كان الجلة قد رووا عنه انتهى و قال فى التنقيح: و عطية العوفى ضعفه احمدؒ و غيره و الترمذىؒ يحسن حديثه و قال ابن عدىؒ: هو مع ضعفه يكتب حديثه انتهى كذا فى نصب الراية ص٥١ ج٤. (٢)روى عبد الرزاقؒ فى البيوع باب الرجل يسلف في الشيء هل يأخذ غيره ص١٤ ج٨. قال ابن حجرؒ فى الدراية اسناده منقطع قال العثمانىؒ و لكن الانقطاع غير مضر عندنا لاسيما فى مرتبة التائيد كما فى اعلاء السننؒ ص٤٣٤ ج١٤ أقول و رواه البيهقىؒ في البيوع باب من سلف في شيء فلا يصرفه الى غيره الخ ص٣٠ ج٦ من طريق أبى عوانة عن حصين عن محمد بن يزيد بن خليدة قال سألت ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عن السلف فقال أسلم فى كل صنف ورقا معلوما فان أعطاكه و إلا فخذ رأس مالك و لا ترده فى سلعة أخرى اه ملخصا و هذا سند موصول كما ترى.

إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الإبتداء من كل وجه و فيه خلاف زفرؒ و الحجة عليه ما ذكرناه قال و من أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً و أمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاءً و إن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة و السلام

عليه و ليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه (إلا أنه لا يجب) جواب سؤال و هو أن يقال لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب أن يقبض رأس المال في المجلس لأن إقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم و فيه القبض شرط و بالإجماع لا يجب قبضه في المجلس فأجاب بقوله إلا أنه أي أن رأس المال لا يجب (قبضه في المجلس لأنه) أي لأن الإقالة على تأويل تصرف الإقالة (ليس في حكم الابتداء) أي ابتداء عقد السلم (من كل وجه) لأن السلم عقد من كل وجه و الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث فكان عقداً من وجه (و فيه) أي و في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً (خلاف زفر) و الشافعي رحمهما الله تعالى أيضاً فإنهما يقولان لو تقايلا السلم و اشترى رب السلم برأس المال شيئاً قبل القبض يجوز ذلك و هو القياس لأنهما لما تقايلا ارتفع العقد و عاد الملك في الدراهم على قديم الملك فجاز الاستبدال عنه و لهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض و الغصب (و الحجة عليه) أي على زفرؒ (ما ذكرناه) أي من الحديث و المعقول أما الحديث فهو قوله عليه الصلاة و السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك و أما المعقول فهو ما ذكره من قوله و لأنه أخذ شبهاً بالمبيع... إلى آخره و قد مر بيانه (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل) اي أجل السلم (اشترى المسلم إليه من رجل كراً) و هو ستون قفيزاً (و أمر رب السلم بقبضه) أي بقبض الكر الذي اشتراه من رجل (قضاء) أي لأجل القضاء لحقه (لم يكن قضاء) أي أداء لحقه و في الثاني إذا أمره بقبضه فاقتضاه رب السلم لم يكن قبضاً عن المسلم فيه حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم اليه (و إن امره) اى و إن امر المسلم إليه رب السلم (أن يقبضه له) أي يقبض المسلم فيه لأجل المسلم إليه (ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له) أي لأجل المسلم إليه (ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل) إحداهما صفقة عقد السلم و الثانية هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه مع رب السلم (فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلوة و السلام

عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان و هذا هو محمل الحديث على ما مر و السلم و إن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق و انه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة و إن جعل عينه في حق حكم خاص و هو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء

عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان) تقدم هذا الحديث في المرابحة و التولية (و هذا هو محمل (١) الحديث) يعني معنى قوله عليه الصلاة و السلام حتى يجري فيه صاعان هو محمل الحديث يعني اجتماع الصفقتين المذكورتين (على ما مر) في الفصل الذي بعد باب المرابحة و التولية و هو قوله و محمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين و الأصل في هذا أن العقد إذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانياً للحديث المذكور و هو ما رواه (٢) ابن ماجة في سننه عن جابر رضى الله تعالى عنه قال نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع و صاع المشتري و السلم بيع بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانياً لأنه إذا كاله ثانياً ربما يزيد على قدر الكر فلا تسلم له الزيادة فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانياً يلزم التصرف في مال الغير و هو حرام (و السلم و إن كان سابقاً) هذا جواب عما يقال بيع المسلم إليه مع رب السلم كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء فلا يتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي و تقرير الجواب القول بموجب العلة سلمنا ذلك بان السلم و إن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه (لكن قبض المسلم فيه لاحق) في التقدير فتجتمع الصفقتان فى التقدير (و انه) أي و ان قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) تحقيق هذا ما قاله المقبوض في مسائل السلم غير المسلم فيه حقيقة فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه و ذلك بأن يجعل عند القبض كأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض و إنما قال بمنزلة ابتداء البيع لأن المسلم فيه دين في ذمته و المقبوض عين و هو غير الدين و هو معنى قوله (لأن العين غير الدين حقيقة) و هو ظاهر و قوله (و إن جعل) كلمة ان واصلة بما قبله أي و إن جعل الدين (عينه) أي و إن جعل المقبوض عين الدين (في حق حكم خاص و هو حرمة الاستبدال) لأنه لو لم يجعل في حق الاستبدال عين حقه يلزم استبدال المبيع قبل قبضه و ذا لا يجوز و إذا جعل الدين عين المقبوض الذي هو الدين ضرورة حرمة الاستبدال فلا يتعدى فبقي فيما وراءه كالبيع (فيتحقق البيع بعد الشراء) أي

---

(١) محمل الحديث الخ قد مر تحقيق محمل الحديث فى هامش البناية ص٣٧٧ ج١٠. (٢) رواه ابن ماجة الخ قد مر تخريجه مفصلا فى هامش البناية ص٣٧٥ ج١٠.

و إن لم يكن سلماً و كان قرضاً فأمره بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة و لهذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً فلا يجتمع الصفقتان قال و من أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل و هو غائب لم يكن قضاء لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الآمر لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر منه و قد جعل ملك نفسه فيها فصار

بيع المسلم إليه من رب السلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل (و إن لم يكن) أي الكر (سلماً و كان قرضاً فأمره) أي فأمر المستقرض المقرض (بقبض الكر جاز لأن القرض إعارة و لهذا) أي و لأجل كون القرض إعارة (ينعقد) أي القرض (بلفظة الإعارة) بأن يقول أعرتك هذا المبلغ من الدراهم أو الدنانير فإذا كان إعارة (فكان المردود عين المأخوذ) أي عين المقبوض (مطلقاً) أي سواء كان في حق الاستبدال أو غيره (حكماً) أي تقديراً و إلا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة و هو ربا فإذا كان كذلك (فلا يجتمع الصفقتان) فيكتفى بكيل واحد و في الشامل في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد و إن كان بحضرة الآخر و في كل موضع وجد عقد واحد يكتفى فيه بكيل واحد و كذلك إذا اشترى موازنة لا يتصرف ما لم يتزنه فإن اشترى مجازفة أو أخذ قرضاً جاز أن يترك الكيل و الوزن و لو اشترى المعدود عداً هل يشترط العد ثانياً فيه روايتان (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم) الغرائر جمع غرارة بكسر الغين المعجمة قال (١) الجوهري الغرارة واحدة الغرائر التي للتبن و أظنه معربا (ففعل و هو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) يريد به إذا كان الطعام عيناً و إنما قيد بقوله و هو غائب لأنه إذا كان حاضراً صار المسلم إليه قابضاً سواء كان الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة و به صرح الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى و إنما لم يكن قضاء (لأن الأمر بالكيل لم صح لأنه لو يصادف ملك الآمر) لأنه تناول عيناً مملوكة للبائع (لأن حقه) أي حق رب السلم (في الدين دون العين) و الدين وصف ثابت في الذمة و جعله في غرائر رب السلم محال و حقه في العين انما يتحقق بالقبض و لم يوجد (فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه) أي من رب السلم (و قد جعل ملك نفسه فيها) أي و قد جعل المسلم إليه ملك نفسه في الغرائر فلم يصر رب السلم قابضاً حتى إذا هلك الكر هلك من مال المسلم إليه و بقي الدين في ذمته كما كان (فصار) أي رب السلم

---

(١) قال الجوهري في الصحاح مادة غرر ص ٧٦٩ ج ٢.

كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً و لو كانت الحنطة مشتراة و المسألة بحالها صار قابضاً لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا ترى انه لو أمره بالطحن كان الطحين فى السلم للمسلم إليه و فى الشراء للمشتري لصحة الأمر و كذا إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه و في الشراء من مال المشتري و يتقرر الثمن عليه لما قلنا و لهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه فى الكيل و القبض بالوقوع فى غرائر المشتري

(كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه) أي فدفع الدائن إلى المديون (كيساً ليزنها المديون فيه) أي في الكيس (لم يصر قابضاً) بوزنه فيه (و لو كانت الحنطة مشتراة) بأن اشترى حنطة بعينها (و المسألة بحالها) و هي أنه دفع غرائره إلى البائع و قال اجعلها فيها ففعل و المشتري حاضر أو غائب صار قابضاً لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع) يعني بنفس العقد فصح الأمر لمصادفة الملك و إذا صح صار البائع وكيلاً عنه فى امساك الغرائر فبقيت الغرائر فى يد المشتري حكماً فصار الواقع فيها واقعاً في يد المشتري حكماً لأن فعل نائبه كفعله حتى لو كانت الغرائر للبائع لم يصر قابضاً في رواية عن محمد رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصير قابضاً سواء كانت الغرائر للمشتري أو للبائع كما في السلم (ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع (انه) أي ان المشتري (لو أمره) أي لو أمر البائع (بالطحن) أي بطحن الحنطة المشتراة (كان الطحين في السلم للمسلم إليه) لأن الأمر بالطحن في السلم لم يصح لأنه لاقى ملك المسلم إليه فلا يصح (و في الشراء) أي و كان الطحين في الشراء (للمشتري لصحة الأمر) لأنه لاقي ملك المشتري (و كذا) الحكم (إذا أمره) أي المشتري (أن يصبه في البحر) ففعل (فى السلم يهلك من مال المسلم إليه و في الشراء من مال المشتري) لصحة الأمر (و يتقرر الثمن عليه) و ليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر و عدمها و صحته موقوفة على الملك فلو لا أنه ملكه لما صح أمر (لما قلنا) إشارة إلى قوله صح الأمر (و لهذا) أي و لكون الأمر قد صح (يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح) احترز به عما قيل فى الشراء لا يكتفى بكيل واحد بل يشترط كيلان و علل الصحيح بقوله (لأنه) أي لأن البائع (نائب عنه) أي عن المشتري (فى الكيل) فيكتفي بكيل واحد (و القبض) مرفوع بفعل مقدر أي و حصل القبض (بالوقوع في غرائر المشتري) و هذا (١) جواب

---

(١) هذا جواب الخ. كذا فى العناية.

و لو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لأنه استعار غرائره و لم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها و صار كما لو أمره أن يكيله و يعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا و لو اجتمع الدين و العين و الغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضا أما العين فلصحة الأمر فيه و أما الدين فلاتصاله بملكه و بمثله يصير قابضا

عما يقال البائع مسلم يكون متسلماً و تقرير الجواب أن القبض يتحقق بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلماً و متسلماً (و لو أمره) أي و لو أمر المشتري البائع (في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضاً لأنه) أي لأن المشتري (استعار غرائره) أي غرائر البائع (و لم يقبضها) أي و الحال أن المشتري لم يقبض الغرائر (فلا تصير الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض (فكذا ما يقع فيها) أي فكذا لا يصير المشتري قابضاً ما في الغرائر و في بعض النسخ فيه قال الكاكي أي في الغرائر على تأويل الظرف أو المذكور و ذلك لعدم صحة العارية لعدم القبض و كذا لا يصير الواقع فيها قبضاً (و صار) أي حكم هذا (كما لو أمره) أي كحكم ما لو أمر المشتري البائع (أن يكيله) أى أن يكيل الكر (و يعزله في ناحية من بيت البائع) أي أمره بأن يعزل الكر في جانب من بيت البائع فعزله لا يكون المشترى قابضاً فكذا هذا (لأن البيت بنواحيه) أي بجوانبه الأربعة (في يده) أي في يد البائع فإذا كان كذلك (فلم يصر الشتري قابضاً و لو اجتمع الدين و العين) صورته اشترى كراً معيناً و له على البائع كر آخر دين و هو المسلم فيه (و الغرائر للمشتري) أي و الحال أن الغرائر للمشتري و أمره أن يجعل الدين و العين فيها (إن بدأ) أي إن بدأ البائع و هو المسلم إليه (بالعين) أي بالمشتري بفتح الراء (صار) أي المشتري بكسر الراء (قابضاً) أي صار قابضاً للعين و الدين كليهما (أما العين) أي اما صحة قبض العين (فلصحة (١) الأمر فيه) أي في العين (و أما الدين) أي و أما صحة قبض الدين (فلاتصاله بملكه) أي فلاتصال الدين بملكه أي بملك المشتري لإن العين في يده حكماً (و بمثله (٢) يصير قابضاً) أي و بمثل اتصال

---

(١) فلصحة الأمر الخ و رد بأنه لا يصلح نائبا عن المشتري في القبض كما لو وكله بذلك نصا و أجيب بأنه ثبت ضمنا و ان لم يثبت قصدا كذا في العناية. (٢) و بمثله الخ لأن القبض تارة بيده أو بتخلية منه ومرة باتصاله بملكه فان قيل أليس أن الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر و هو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصر قابضا هنا باعتباره قلنا المعقود عليه ثمة الفعل و هو الصبغ لا العين و الفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر به قابضا كذا في الكفاية و نحوه في العناية و الفتح.

كمن استقرض حنطة و أمره أن يزرعها في أرضه و كمن دفع إلى صائغ خاتما و أمره أن يزيده من عنده نصف دينار و إن بدأ بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الأمر و أما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فينتقض البيع و هذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكونَ مراده البداية بالعين و عندهما هو بالخيار إن شاء

الدين بالكيل بالرضاء يثبت القبض فيصير المشتري قابضاً (كمن استقرض حنطة) أي نظير الحكم المذكور نظير من استقرض كراً من حنطة (و أمره أن يزرعها في أرضه) أي وأمر المستقرض المقرض أن يزرع الحنطة في أرض المستقرض صح القرض و صار المستقرض قابضاً له باتصاله بملكه فكذا هذا (و كمن دفع) أي و نظير الحكم المذكور أيضاً نظير من دفع (إلى صائغ خاتماً و أمره أن يزيده) أي يزيد الخاتم (من عنده) أي من عند الصائغ (نصف دينار) جاز لأنه يصير قرضا و يصير بالاتصال الى ملكه قابضاً (و إن بدأ) أي المسلم اليه (بالدين) ثم بدأ بالعين (لم يصر) أي المشتري (قابضا) أي للدين و العين كليهما (أما الدين) أي أما عدم صحة القبض في الدين (فلعدم صحة الأمر) أى لعدم مصادفة الملك لأن حقه في الدين لا في العين و هذا عين فكان المأمور يجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر (و أما العين) أي و أما عدم صحة القبض في العين (فلأنه خلطه) أي فلأن البائع خلط كر المشتري (بملكه) أي بملك نفسه (قبل التسليم) بحيث لا يمتاز (فصار) أي البائع (مستهلكاً) أي المبيع (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فينتقض البيع) أي ينفسخ العقد (و هذا الخلط) هذا جواب عما يقال إن الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينقتض البيع و تقرير الجواب أن هذا الخلط على هذا الجواب (غير مرضي به من جهته) أي من جهة المشتري أراد أن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأذوناً به و ههنا لم يصر الخلط مأذوناً مرضياً و إنما أذن له بأن يخلط على وجه يصير قابضاً بالبداية بالعين و قال (١) الأكملُ و في عبارة المصنفٌ تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً و استدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداية بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعي و لا دلالة للأعم على الأخص و يجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال و لا نسلم أن هذا الخلط مرضي به و قوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام (و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو) أي المشتري (بالخيار إن شاء

---

(١) قال الأكملُ في العناية ص ٢٣٥ ج ٦.

نقض البيع و إن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما قال و من أسلم جارية في كر حنطة و قبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها و لو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد و ذلك بقيام المعقود عليه و في السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه

نقض البيع و إن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما) و قال الإمام قاضي خانْ ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد رحمه الله تعالى أما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا بدأ بالدين يصير قابضا كما لو بدأ بالعين ضرورة إتصاله بملكه في الصورتين إذ الخلط ليس باستهلاك و عند محمد رحمه الله تعالى يصير قابضاً للعين دون الدين قلت عند الشافعي رحمه الله تعالى لا يصير قابضاً سواء بدأ بالعين أو بالدين (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من (١) أسلم جارية في كر حنطة و قبضها المسلم إليه ثم تقايلا) أي السلم (فماتت) أي الجارية (في يد المشتري) أي المسلم إليه و إنما (٢) سماه مشترياً بالنظر إلى شرائه الجارية بالحنطة التي هي دين فكانت الجارية هي المبيعة من كل وجه (فعليه) أي فعلى المشتري (قيمتها) أي قيمة الجارية (يوم قبضها) يعني لما ثبت الإقالة وجب ردها و قد عجز فيجب رد بدلها و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و إنما قال يوم قبضها لأن السبب الموجب للضمان إنما هو القبض فصار كالغصب (و لو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز) أي التقايل (لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد) و في بعض النسخ تعتمد قيام العقد (و ذلك) أي بقاء العقد (بقيام المعقود عليه و في السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه) أي حال بقاء المعقود عليه

(١)و من أسلم الخ. و في الكفاية: الأصل في جنس هذه المسائل أن في بيع المقايضة و هو بيع ما يتعين بما يتعين هلاك أحدهما لا يمنع ابتداء الاقالة و لا بقاءها و هلاكهما يمنع الاقالة ابتداء و بقاء و المعنى في ذلك أن الاقالة صحتها بقيام العقد لأنها فسخ العقد و فسخ العقد بدون العقد لا يكون و في المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين لأن قيام العقد عند قيامهما لأن أحدهما لا يتعين لاضافة القيام اليه و اذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرف أن الثابت بالشيئين لا يزول بزوال أحدهما فيكون قائما بقيام أحدهما فتصح الاقالة و في بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لأن ما يتعين له ضرب مزية على ما لا يتعين لأن ما يتعين مال حقيقة و حكما و ما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لأنه دين و في بيع ما لا يتعين بما لا يتعين و هوالصرف تصح الاقالة و ان هلكا أو هلك أحدهما لأن انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء فكذا في الانفساخ بقاء لأن قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد و لا يقال بأن وجوبهما في الذمة قد بطل بالقضاء لأن الديون تقضي بأمثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد القضاء و لهذا صح الحط و الابراء بعد القضاء اه ملخصا. (٢)انما سماه الخ. كذا في الكفاية.

و إذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل و إذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها و قد عجز فيجب عليه رد قيمتها و لو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة و لو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله و هذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح (١) الإقالة و تبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه

(و إذا جاز) أي التقايل بعد موتها (إبتداء أولى أن يبقى) بعد موتها (إنتهاء لأن البقاء أسهل) من الابتداء فإن قيل (٢) ينبغي أن لا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية لأنها بعد الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها ديناً في الذمة و المسلم فيه قد سقط أيضاً بالإقالة فصار بمنزلة هلاك العوضين في بيع المقايضة فإنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك العوض الآخر تبطل الإقالة فكذا هنا ينبغي أن يمتنع التقايل بهلاك العوضين قلنا في بيع المقايضة الرد واجب بعد الإقالة و هلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد و في السلم قامت قيمة الجارية مقامها فلم يكن رد عين الجارية واجباً فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية (و إذا انفسخ العقد في المسلم فيه إنفسخ في الجارية تبعاً) يعني تبعاً لانفساخ العقد في المسلم فيه و إن لم يصح الفسخ فى الجارية بعد هلاكها قصدا هكذا قدره شيخي العلاءً و قال تاج الشريعةً هذا جواب من يقول إن الإنفساخ في حق الجارية الميتة كيف يتحقق و إنه ليس بمحل لذلك فقال الانفساخ بطريق التبعية و كم من شيء يثبت تبعاً و لا يثبت قصداً (فيجب عليه ردها) أي على المسلم اليه رد الجارية (و قد عجز) أي و الحال أن المسلم إليه قد عجز عن رد الجارية بسبب موتها (فيجب عليه رد قيمتها) (٣) و قامت القيمة مقام الجارية (و لو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة و لو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) أيضاً (لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله) أى محل البيع لأن الإقالة فسخ العقد و لا قيام لها إلا بقيام العقد و لا قيام العقد إلا بقيام المبيع لأنه هو الأصل و قد فات (و هذا) أي الذى ذكرناه (بخلاف البيع المقايضة حيث تصح الإقالة فيه و تبقى) أي الإقالة (بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه) أي في بيع المقايضة

---

(١)تصح –ن– يصح. (٢)فان قيل الخ. نحوه فى الكفاية. (٣)قيمتها و القول في القيمة قول المطلوب و البينة بينة الطالب كذا فى الكفاية.

قال و من أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئا و قال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه لان رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة و في عكسه

و الحاصل أنه أشار بهذا الكلام إلى الفرق بين السلم حيث تصح الإقالة فيه بعد هلاك الجارية في يد المسلم إليه قبل الرد إلى رب السلم سواء ماتت قبل الإقالة أو بعدها و بين البيع حيث لا تصح الإقالة إذا هلكت الجارية سواء كانت الإقالة قبل هلاكها أو بعد هلاكها و قد أوضحنا هذا في السؤال و الجواب الذين ذكرناهما الآن (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئا) أي طعاماً رديئاً (و قال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه) بالإتفاق و به قال (١) الشافعي رحمهما الله تعالى و في الكافي كلام المتعنت مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض (لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة) المتعنت (٢) في اللغة من يطلب العنت و هو الوقوع فيما لا يستطيع الإنسان الخروج عنه و المراد بالمتعنت شرعاً من ينكر ما ينفعه و يريد الإضرار بغيره و المخاصم من ينكر ما يضره كذا في الفوائد الظهيرية (لأن المسلم فيه) هذا دليل على قوله ان رب السلم متعنت الخ و وجه التعنت ان المسلم فيه (يربو) أى يزيد (على رأس المال فى العادة) فكان الخير له في صحة العقد فإذا أنكر صحته فقد كان متعنتاً فإن (٣) قيل لا نسلم أن المسلم فيه يربو بل رأس المال خير و إن قل من المسلم فيه و إن جل لما أن رأس المال نقد و المسلم فيه نسيئة و في المثل السائر النقد خير من النسيئة قلنا بلى كذلك الا أن ذلك متروك بالعرف و العادة فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم و ما ذاك إلا لفائدة زائدة رأوها فكان النقد بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة و إنما ذكروا ربو السلم فيه لاثبات المعادلة بينه و بين رأس المال لأن المسلم فيه و إن كان أكثر مالية عادة إلا أنه آجل و رأس المال و إن قلت مالية عاجل و العاجل خير من الآجل فيتخير قصور كل واحد منهما بوفور كل واحد منهما فيتعادلان (و في عكسه) أي و في عكس الحكم المذكور هو قول

---

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير. (٢)المتعنت الخ و في لسان العرب مادة عنت ص ٦١ ج٢. العنت (بفتحتين): دخول المشقة على الانسان و لقاء الشدة قال ابن الأثير: العنت المشقة و الفساد و الهلاك و الاثم و الغلط و الخطأ و الزنا و أعنته و تعنّته تعنّتا: سأله عن شيء أراد به اللبس عليه و المشقة اه ملخصا.
(٣)فان قيل الخ نحوه في الكفاية.

قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه يدعي الصحة و إن كان صاحبه منكراً و عندهما القول للمسلم إليه لانه منكر و إن أنكر الصحة و سنقرره من بعد إن شاء الله تعالى و لو قال المسلم إليه لم يكن له أجل و قال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لان المسلم إليه متنعت في انكاره حقاً له و هو الاجل و الفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال

المسلم إليه شرطت لك رديئاً و قال رب السلم لم تشترط شيئاً و عكسه أن يقول رب السلم شرطت لي رديئاً و يقول المسلم إليه لم اشترط لك شيئاً و قال الفقيه أبو الليث لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الأصل في الكتاب يعني في الجامع الصغير و قال المصنف رحمه الله تعالى (قالوا) أي قال المتأخرون في شروح الجامع الصغير مثل فخر الإسلام و غيره (يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأنه يدعي الصحة و إن كان صاحبه منكراً) لأن الظاهر شاهد له لأن العقد الفاسد معصية و الظاهر من حال المسلم التحامى عن المعصية (و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (القول للمسلم إليه لأنه منكر و إن أنكر الصحة) كلمة إن واصلة بما قبلها و كذلك إن التي قبلها (و سنقرره) أى و سنقرر أصل هذا الخلاف (من بعد إن شاء الله تعالى) قال الأترازي أى في المسألة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما و في عبارته تسامح لأن السين تستعمل للبعيد و المطابق و نقرره يعني بدون السين (و لو قال المسلم اليه لم يكن له أجل) أى لم يكن للسلم أجل (و قال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) أي بالإتفاق و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأن المسلم إليه متعنت في إنكاه حقاً له) أي لرب السلم (و هو) أى الحق هو (الأجل) حاصله أن الكلام إذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل و كان القول لمدعي الصحة لأن كلام المتعنت مردود فإذا رد بقي كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله (و الفساد لعدم الأجل غير متيقن) هذا جواب عن سؤال مقدر و هو أن يقال ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتاً في إنكاره الأجل لأنه يرد رأس المال لفساد العقد لعدم الأجل و برد رأس المال يبقى له المسلم فيه و المسلم فيه خير من رأس المال و انفع منه و تقرير الجواب أن فساد العقد لعدم الأجل غير متيقن (لمكان الإجتهاد) فان السلم الحال جائز عند الشافعي رحمه الله تعالى و إذا لم يكن متعنتاً بعدمه لم يلزم من إنكاره رد رأس المال (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) يعني و لا يعتبر جهة كونه منتفعاً بهذا الإنكار معارضاً لجهة

بخلاف عدم الوصف و في عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله و إن أنكر الصحة

التعنت و التضرر به إذ الظني لا يعارض القطعي (بخلاف عدم الوصف) قال صاحب النهاية أى لو قال المسلم إليه شرطت رديئاً و قال رب السلم لم تشترط شيئا و هى المسألة الاولى كان القول قول المسلم اليه لأن فساد السلم اليه بسبب ترك الوصف متيقن به غير مجتهد فيه فقال رب السلم هناك متعنتاً و قال غيره فإن الفساد فيه قطعي و قال (١) الأكمل و فيه نظر لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالأولى أن يقال إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم إن ثبت ذلك و ليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية و غيره (و في عكسه) يعني فيما إذا ادعى المسلم إليه الأجل و أنكره رب السلم (القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله و إن أنكر الصحة) كلمة إن واصلة بما قبله و اعلم (٢) أن الاختلاف في الأجل

(١)قال الأكمل في العناية ص٢٣٨ ج٦. (٢)اعلم الخ. نحوه في فتح القدير و فيه أيضاً: و فى الخلاصة إذا شرط فى السلم الثوب الجيد فجاء بثوب و ادعى انه جيد و أنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة و هذا أحوط و الواحد يكفى فان قالا جيد أجبر على القبول و اذا اختلفا فى السلم يتحالفان استحسانا و يبدأ بيمين المطلوب عند أبى يوسف رحمه الله تعالى ثم رجع و قال بيمين الطالب و هو قول محمد رحمه الله تعالى و ان قامت لاحدهما بينة قضى بها و ان قامت لهما بينة قضى ببينة رب السلم بسلم واحد عند أبى يوسف رحمه الله تعالى و المسئلة على ثلاثة أوجه لان رأس المال اما عين أو دين و كل وجه على ثلاثة أوجه اتفقا على رأس المال و اختلفا فى المسلم فيه أو على القلب أو اختلفا فيهما فان كان رأس المال عينا و اختلفا فى المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب فى كر حنطة و قال الآخر فى نصف كر أو فى شعير أو فى الحنطة الرديئة و أقاما قضى ببينة رب السلم بالاجماع و ان اختلفا فى رأس المال فقال احدهما هذا الثوب و قال الآخر هذا العبد و اتفقا على المسلم فيه انه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب فى كر حنطة و قال الآخر فى كر شعير و أقاما البينة قضى بالسلمين فمحمد رحمه الله تعالى مر على أصله و أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول كل يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر و ان كان رأس المال دراهم أو دنانير ان اتفقا على رأس المال و اختلفا فى المسلم فيه و أقاما البينة فالبينة لرب السلم و يقضى بسلم واحد عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله تعالى و ان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف و لو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم فى كرى حنطة و قال الآخر خمسة عشر فى كر و أقاما فعند أبى يوسف رحمه الله تعالى تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر فى كرين و لا يقضى بسلمين و عند محمد رحمه الله تعالى يقضى بسلمين عقد بخمسة عشر فى كر و عقد بعشرة فى كرين و لو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم و الآخر دنانير لم يذكر هذا و ينبغى أن يقضى بسلمين كما فى الثوبين و فيها أسلم فى ثوب و شرط الوسط فجاء بجيد و قال خذ هذا و زدنى دراهم فعلى وجوه اما ان كان كيليا أو وزنيا أو ذرعيا ففى الكيلى فان أسلم فى عشرة أقفزة فجاء باحد عشر و قال زدنى درهما جاز لانه باع قفيزا بمثن معلوم و لو جاء بتسعة و قال خذ و أرد عليك درهما فقبل جاز أيضا فانه اقالة فى البعض فيجوز كما في الكل و لو جاء بحنطة أجود أو أردأ فاعطى درهما =>

كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة و قال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح و إن أنكر الصحة و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول للمسلم إليه لأنه يدعي

على ثلاثة أوجه: أحدها في أصل الأجل ففيه القول قول المدعي للأجل مع يمينه طالباً كان أو مطلوباً و عندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للأجل أو منكراً و الثاني في مقدار الأجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر و قال الآخر إنه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه لأنه ينكر الزيادة و إن قامت بينة لأحدهما يقضي ببينته و إن قامت لهما يقضي ببينة المطلوب لانه يثبت الزيادة و الثالث: في مضي الأجل فإن قال الطالب كان الاجل شهراً و قد مضى و قال المطلوب كان شهراً و لم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه فإن أقاما البينة يقضى ببينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل ثم ينبغي لك أن تعرف أن الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر لان التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس عند اختلاف المتبايعين في المعقود عليه أو بدله و الاجل بمعزل من ذلك بخلاف ما إذا اختلفا في الوصف فإنهما يتحالفان لان الوصف جارى مجرى الاصل لان الدين يعرف به و يختلف أصله باختلافه و ليس كذلك الاجل (كرب المال إذا قال للمضارب) نظير المسألة المذكورة بمسألة رب المال إذا قال للمضارب (شرطت لك نصف الربح إلا عشرة) قال (١) الكاكي و في بعض النسخ شرطت لك نصف الربح و زيادة عشرة و هذه النسخة ليست بصحيحة لانه على ذلك التقدير القول للمضارب بالإجماع و الصحيح النسخة الاولى لانه على ذلك التقدير كان القول لرب المال (و قال المضارب لا) أي ليس الامر كما ذكرت (بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح و إن أنكر الصحة) أي صحة العقد (و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى القول للمسلم إليه لأنه يدعي

=> لا يجوز عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز و قدمنا انه في الارداً و الاجود يجوز بالاجماع اذا لم يكن معه شيء آخر و في الثوب ان جاء بازيد بذراع و قال زدني درهما جاز و هو بيع ذراع بدرهم يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا و كذا اذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم و ان جاء بانقص فرد معه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لانه اقالة فيما لا يعلم حصته لان الذراع وصف و حصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بلا خلاف و كذا لو جاء بانقص وصفا لا يجوز و لو بازيد وصفا جاز الكل في الاصل انتهى. (١) قال الكاكي الخ و في الكفاية ص ٢٣٩ ج٦ و المقيس عليه في هذه المسئلة في شروح المبسوط و شروح الجامع الصغير للامام قاضي خان و التمر تاشي و الفوائد الظيهرية و اليتيمة و غيرها بلفظ الاستثناء لما ذكرنا أن في صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال و في قوله و زيادة عشرة كان القول للمضارب بالاجماع كذا ذكر في النهاية.

الصحة و قد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً بخلاف مسألة المضاربة و لأنه ليس بلازم فلا يعتبر الإختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتاً

الصحة و قد اتفقا على عقد واحد) لان السلم عقد واحد إذ السلم الحال فاسد و ليس بعقد آخر (فكانا متفقين على الصحة ظاهراً) أي بحسب الظاهر لوجهين (١) أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة و الثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه (٢) و الاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقراراً بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به و إنكاره إنكار بعد الإقرار و هو مردود و بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قال (٣)الشافعي رحمه الله تعالى (بخلاف مسألة المضاربة) جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة فإنه قياس غير صحيح و قال (٤) الاكملّ فإنهما إذا اختلفا فيها أي في المضاربة تنوع محل الاختلاف فإنها إذا فسدت كانت إجارة و إذا صحت كانت شركة فإذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد و المدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه و وحدة العقد عند الاختلاف في الجواز و الفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل و عدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل و لما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه إنكارا بعد الاقرار و هو تناقض فلم يعتبر الانكار و أما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفاً فلا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبراً فكأن المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال و هو منكر و القول قول المنكر (و لانه) أي لأن عقد المضاربة (ليس بلازم) و لهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شراء المضارب برأس المال شيئاً و كذا المضارب يتمكن من فسخه و إذا كان غير لازم يرتفع باختلافهما (فلا يعتبر الاختلاف فيه) و لا الدعوى تعتبر فيه (فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح) و الآخر ينكر فالقول للمنكر (أما السلم فلازم) أي فعقد لازم فإنه عقد فبالاختلاف لا يرتفع و لا ينفسخ بفسخ أحدهما فإذا بقي العقد كان القول قول مدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول قول المسلم إليه في الأجل كان القول قوله أيضاً في مقدار الأجل (فصار الأصل) أي القاعدة و الكلية في مسألة السلم المذكورة (أن من خرج كلامه تعنتاً) أي من حيث التعنت لا مخرج الخصومة

---

(١)لوجهين الخ كذا في العناية. (٢)لشرائطه أقول لشرائط العقد أو لشرائط صحته الأول مسلم و ليس الأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته و الثاني غير مسلم كذا في السعدية. (٣)قال الشافعي رحمه الله تعالى كذا في فتح القدير. (٤)قال الأكملّ في العناية ص٢٣٨ ج٦.

فالقول لصاحبه بالإتفاق و إن خرج خصومة و وقع الإتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده و عندهما للمنكر و إن أنكر الصحة قال و يجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً و عرضاً ورقعة لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا و إن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه

و قد مر تفسيره عن قريب (فالقول لصاحبه) و هو مدعي الصحة (بالاتفاق) لأن كلام المتعنت مردود (و إن خرج) أي كلامه (خصومة) أي من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره (و وقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما للمنكر) أي القول قول المنكر (و إن أنكر الصحة) كلمة إن واصلة بما قبلها و قد مر الكلام فيه مستوفى (قال) أي القدوري في مختصره (و يجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً و عرضاً) أي من حيث الطول و من حيث العرض (و رقعة) أي من حيث الرقعة و الرقعة الغلظ و الثخانة و قيل المراد عدد الكرباس يعني انه كثير الرقاع أو قليل الرقاع و قيل تعريفه بكونه خماسياً أو سداسياً و في المغرب (١) يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه و ثخانته و هو مجاز (لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا) أى عند قوله في أول الباب و كذا فى المذروعات (و ان كان) أي المسلم فيه (ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً لأنه) أي لان الوزن (مقصود فيه) أي في السلم في الثوب الحرير و إذا كان كذلك فلا بد من بيانه أي بيان الوزن و عند الشافعي (٢) و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى بيان الوزن ليس بشرط و في الإيضاح و تحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير و الديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول و العرض لانها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته و الحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه انتهى و قال الشيخ أبونصر البغدادي قالوا إذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن أيضاً كثياب الحرير و قال الولوالجي في فتاواه و لو بين الذرعان و لم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير و اختلف المشايخ فيه منهم من قال ليس بشرط و منهم من قال شرط و إليه مال شمس الأئمة السرخسي و هو الصحيح بخلاف سائر الثياب فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول و العرض و لا كذلك الكرباس و في المنتقي إذا باع ثوبي حرير يداً بيد لا يجوز إلا وزناً بوزن و في المحيط لو شرط كذا و كذا ذراعاً

---

(١) المغرب مادة رقع ص ٣٤١ ج ١. (٢) و عند الشافعي و مالك و احمد رحمهم الله تعالى الخ كذا فى فتح القدير.

و لا يجوز السلم في الجواهر و لا في الخرز لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً و في صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن و لا بأس بالسلم في اللبن و الآجر إذا سمي ملبناً معلوماً لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن

فله ذراع وسط و اختلف في تفسير الوسط قيل أراد به المصدر أى فعل الذرع فلا يمد كل المد و لا يرخي كل الإرخاء و قيل أراد به الخشب لانه لا يتفاوت في الاسواق قال شيخ الإسلام و الصحيح أنه يحمل عليهما نظراً للجانبين و قال الكاكي و كذا يجوز السلم في البوارى و الجوالق و المسوح و الاكسية و البسط استحساناً إذا بين طوله و عرضه و صفته و صنعته قال الولوالجي السلم في الكاغد يجوز عدداً لأنه عددي كالجوز و البيض و كذا الاستقراض عددا (و لا يجوز السلم فى الجواهر) نحو الياقوت و البلخش و اللؤلؤ و نحو ذلك (و لا في الخرز) أي و لا يجوز السلم أيضاً في الخرز بفتح الخاء و الراء ثم الزاى و قال (١) الجوهرى الخرز بالتحريك الذي ينظم الواحدة خرزة و خرزات الملك جواهر تاجه و عند مالك يجوز (لان آحادها) أى آحاد الجواهر و الخرز (تتفاوت تفاوتاً فاحشاً) لان كل عددي تتفاوت آحاده فى المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ و الرمان و الجواهر و اللآلي و الذي لا تتفاوت آحاده فى المالية جاز السلم فيه كالجوز و البيض إذا كان من جنس واحد و فيه خلاف زفر و قد مر بيانه في أول الباب (و في صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن) لأنه يدق و يجعل في الدواء و لا خلاف فيه للفقهاء (و لا بأس بالسلم فى الآجر) بفتح الهمزة و ضم الجيم و تشديد الراء و هو الطوب المشوى (و اللبن) بفتح اللام و كسر الباء الموحدة و بالنون و هو الطوب النيىء (إذا سمي ملبناً معلوماً) الملبن يحتمل أن يكون اسم ما يصنع فيه اللبن و يحتمل أن يكون المراد به الآلة و في المحيط يشترط بيان مكانه و الآلة و قيل لا يشترط بيان مكانه و بقولنا (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن كل واحد من الآجر و اللبن (عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن) بكسر الميم و هو الآلة و قال الولوالجي في فتاواه و لا بأس بالسلم في اللبن و الآجر إذا اشترط فيه ملبناً معروفاً لأنه متى بين ملبناً معروفا فما يقع من التفاوت بين لبن و لبن يكون يسيراً فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعدديات المتقاربة فيجوز فيه السلم بخلاف ما لو باع مائة آجرة من أتون لم يجز لأن التفاوت فيه في النضج تفاوت فاحش فألحقناه بالمتقاربة في حق السلم و في المتفاوتة

(١) قال الجوهرى فى الصحاح مادة خرز ص٨٧٦ ج٣. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى كما فى شرح الوجيز ص٤٢٢ ج٤

قال و كل ما أمكن ضبط صفته و معرفة مقداره جاز السلم فيه لأنه لا يفضي إلى المنازعة و ما لا يضبط صفته و لا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين و بدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة و لا بأس بالسلم في طست

في حق البيع عملاً بهما و في شرح الجامع الصغير لقاضي خان أما السلم في الباذنجان عدداً لم يذكره محمد رحمه الله تعالى و ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يجوز و ألحقه بالجوز و البيض (قال) أي القدوري (و كل ما أمكن ضبط صفته و معرفة مقداره جاز السلم فيه) هذا أصل كلي يتخرج منه المسائل و قال (١) الاكمل رحمه الله تعالى فيه بحث من وجهين أحدهما (٢) أنه عكسها فقال و ما لا يضبط صفته و لا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه و لا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان و الثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع و الأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها و الجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة و معرفة المقدار لقوله ﷺ من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم الحديث و حينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق و هو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق و عن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه و أما فى الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة (لأنه لا يفضي إلى المنازعة) كما في الأجناس الأربعة من المكيلات و الموزونات و المذورعات و العدديات المتقاربة و قال الكاكي لا خلاف للفقهاء فى جواز السلم في كل ما هو من ذوات الأمثال كالقطن و الكتان و الابريسم و النحاس و التبر و الحديد و الرصاص و الصفر و الحناء و الوسمة و الرياحين اليابسة و الجذوع اذا بين الطول و العرض و الغلظ و كذا الساج و صنوف العيدان و الخشب و القصب و يجوز السلم فى التبن كيلاً بالغرائر و قيل إنه موزون و قيل المعتبر هو المتعارف (٣) كذا فى المجتبى (و ما لا يضبط صفته و لا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين) أي لأن السلم دين و الدين يعرف بوصفه (و بدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة) فلا يجوز لأن جهالة المعقود عليه تفسد العقد (و لا بأس بالسلم في طست) و في المغرب (٤) الطست مؤنثة و هي أعجمية و الطس تعريبها و الجمع طساس و طسوس و قد يقال

---

(١) قال الأكمل فى العناية ص ٢٤١ ج٦. (٢) أحدهما أنه عكسها الخ أقول فيه أنه ليس عكس الأول بل الحكم الكلي فى الثاني لانتفاء الشرط فتأمل كذا فى السعدية. (٣) المتعارف و في فتح القدير: و فى عرفنا كيله فى شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفا. (٤) المغرب مادة طست ص ٢٠ ج٢.

أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم و إن كان لا يعرف فلا خير فيه لأنه دين مجهول قال و إن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل و في القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم

الطسوت و قال (١) الجوهرى الطست الطس بلغة طيئ أبدل من احدى السينين تاء للاستثقال فاذا جمعت او صغرت ردت السين لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء فقلت طساس و طسيس الجوهري (أو قمقمة) قال (٢) الجوهرى القمقمة بالضم معروفة و قال الاصمعي هو رومي و الجمع قماقم (أو خفين أو نحو ذلك) مثل الكوز و الآنية من النحاس و الصفر و القلنسوة و به قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى إن كان يتساوي جوانبه و يمكن العبارة عن ثخانته و طوله و عرضه و ما يختلف به العرض فأما أن يكون أجزاؤه تختلف كالقماقم و الطواجن و الأواني المتخذة من الصفر و الزجاج و الكيزان و الحباب فلا يجوز لتفاوت أجزائها فمنها ما يكون أعلاه أوسع و أسفله أضيق و بالعكس و قد يكون وسطه كذلك كذا في تتمتهم و الشرط عندنا في جواز ذلك (إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم و إن كان لا يعرف فلا خير فيه) أي لا يجوز (لأنه دين مجهول) و الجهالة في الدين تمنع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و ان استصنع (٤) شيئاً من ذلك) أي من ما ذكر من الطست و القمقمة و الخف (بغير أجل) أي بغير ذكر مدة فيه (جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل) في هذه الأشياء قال أبوأنيس في جامعه صورة الاستصناع أن يجيء رجل إلى خفاف و يقول له احرز لي خفاً صفته كذا و قدره كذا بكذا و يسلم الدارهم أو بعضها أو لا يسلم (و في القياس لا يجوز لأنه بيع المعدوم) و به قال (٥) زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى و قد نهي

---

(١) قال الجوهرى فى الصحاح مادة طست ص٢٥٨ ج١ الامام اللغوى الزبيدى فى تاج العروس ص٥٦٣ ج١ الطست من آنية الصفر انثى و قد تذكر و بعد نقل كلام الصحاح قال: و مثله كلام ابن قتيبة قال شيخنا و يجمع أيضا على طسوس باعتبار الأصل و على طسوت باعتبار اللفظ و نقل ابن الانبارى عن الفراء كلام العرب طست و قد يقال طس بغير هاء و هى مؤنثة و طيء تقول طست كما قالوا فى لص لصت و نقل عن بعضهم التذكير و التانيث و قال الزجاج التأنيث اكثر كلام العرب و قال السجستانى هى أعجمية و لهذا قال الأزهرى هى دخيلة فى كلام العرب لأن التاء و الطاء لا يجتمعان فى كلمة عربية. (٢) قال الجوهرى فى الصحاح مادة قمم ص٢٠١٥ ج٥. (٣) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع للتفصيل الوجيز مع العزيز ص٤١٩ ج٤. (٤) استصنع و فى البحر ص٢٨٣ ج٦ الاستصناع لغة طلب الصنعة و فى القاموس: الصناعة ككتابة حرفة الصانع و عمله الصنعة اه فعلى هذا الاستصناع لغة طلب عمل الصانع و شرعا أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفار اصنع لى خفا طوله كذا و سعته كذا أو دستا أى برمة تسع كذا و وزنها كذا على هيئة كذا بكذا و يعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا فيقبل الآخر منه. (٥) و به قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى كذا فى فتح القدير.

و الصحيح أنه يجوز بيعاً لا عدة و المعدوم

رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص في السلم و هذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل أشار إليه بقوله بغير أجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فإن الناس فيسائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير و القياس يترك بمثله كدخول الحمام و لا يشكل بالمزارعة فإن فيها للناس تعاملا و هي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع (و الصحيح أنه) أشار به إلى أنهم اختلفوا (١) في جواز الاستصناع هل هو بيع أو عدة فقال و الصحيح أن الاستصناع(يجوز بيعاً)أي من حيث البيع (لا عدة) أي لا من حيث الوعد و قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة لأنه سماه في الكتاب بيعاً و أثبت فيه خيار الرؤية و هو يثبت في البيع لا في الوعد(و المعدوم

(١)اختلفوا الخ و في فتح القدير: ثم اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى أن الاستصناع مواعدة أو معاقدة فالحاكم الشهيد و الصفار و محمد بن سلمة و صاحب المنثور رحمهم الله تعالى مواعدة و انما ينعقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي و لهذا كان للصانع أن لا يعمل و لا يجبر عليه بخلاف السلم و للمستصنع أن لايقبل ما يأتي به و يرجع عنه و لا تلزم المعاملة و كذا المزارعة على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الأول و هذا كان على الاتفاق و الصحيح من المذهب جوازه بيعا لأن محمدا رحمه الله تعالى ذكر فيه القياس و الاستحسان و هما لا يجريان في المواعدة و لأنه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه و لو كان مواعدة جاز في الكل و سماه شراء فقال اذا رآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره و لأن الصانع يملك الدراهم بقبضها و لو كانت مواعيد لم يملكها و اثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل أنه غير بيع ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار اه و في الكفاية ص٢٤٣ ج٦ فان قيل لو كان بيعا لما بطل بموت الصانع أو المستصنع و ذكر الامام قاضي خان أن الاستصناع يبطل بموت أحدهما و السلم لا يبطل بموتهما أو بموت أحدهما قلنا للاستصناع شبه بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع و هو العمل و شبه بالبيع من حيث أن المعقود عين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما و لشبهه بالبيع و هو المقصود أجرينا القياس و الاستحسان و أثبتنا فيه خيار الرؤية و لم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين و في الذخيرة و ينعقد الاستصناع إجارة ابتداء و بيعا انتهاء متى أسلم و لكن قبيل التسليم و لهذا يبطل بموت الصانع و لا يستوفي المصنوع من تركته و لو انعقد بيعا ابتداء و انتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين و السلم و يثبت له خيار الرؤية و لو كان ينعقد عند التسليم لا قبله بساعة لم يثبت خيار الرؤية لأنه يكون مشتريا ما رآه و المعنى في ذلك أن المستصنع طلب منه العمل و العين جميعا و لا بد من اعتبارهما و اعتبارهما جميعا في حالة واحدة متعذر لأن بين البيع و الاجارة تنافيا فجوزناه إجارة ابتداء لأن عدم المعقود عليه لايمنع انعقاد الاجارة و يمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما كما في الهبة بشرط العوض فان قيل لو كان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل قلنا قد قيل انه لا خيار للصانع (أقول و هو الأصح كما في الهداية) و لأنه انما لم يجبر على العمل و ان كان ينعقد اجارة لأنه لا يمكنه العمل إلا باتلاف عين ألا ترى أن المزارع له أن يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته و رب الأرض كذلك اه ملخصا.

قديعتبر موجوداً حكماً و المعقود عليه العين دون العمل حتى لو جآء به مفروغاً عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز و لا يتعين إلا بالإختيار حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز و هذا كله هو الصحيح قال و هو بالخيار إن شاء أخذه و إن شاء تركه لأنه اشترى شيئاً لم يره و لا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط و هو الأصح لأنه باع ما لم يره

قد يعتبر موجوداً حكماً) هذا (١) جواب عما يقال كيف يجوز أن يكون بيعاً و المعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً و تقرير الجواب أن المعدوم قد يعتبر موجودا حكماً أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان و الطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً لتعامل الناس و قد يكون الشيء موجوداً حقيقة و يجعل معدوماً حكماً كالماء المستحق للعطش حتى يجوز التيميم مع وجوده (و المعقود عليه العين) هذا (٢) جواب عما يقال إنما يصح (٣) ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع و المعقود عليه هو الصنع فأجاب بأن المعقود عليه هو العين لأن المقصود هو المستصنع (دون العمل) و فيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول المعقود عليه العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع و هو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه و الاديم و الصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل و لكن الصحيح أن المعقود عليه هو العين و يدل عليه قول المصنف (حتى لو جآء به مفروغاً عنه) أي لو جآء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغاً عنه (لا من صنعته أو من صنعته) أي أو جآء به حال كونه من صنعته (قبل العقد) أي قبل عقد الاستصناع (فأخذه) أي فأخذه المستصنع (جاز) فلا يجبر على قبوله و لو كان بعد العقد يجبر الآمر على القبول كذا في المبسوط (و لا يتعين إلا بالاختيار) أي و لا يتعين المستصنع الذي اتخذه لاجل المستصنع إلا باختيار المستصنع و أوضح ذلك بقوله (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز) لأنه لو تعين لهما جاز بيعه قبل رؤيته (و هذا كله) أي كونه بيعاً لا عدة و كون المعقود عليه العين دون العمل و كونه لا يتعين إلا باختياره (هو الصحيح) لما أن في كل واحد منها قولاً آخر كما يجيء بعد هذا (قال و هو) أي المستصنع (بالخيار) أي إذا رآه (إن شاء أخذه و إن شاء تركه لأنه اشترى شيئاً لم يره) فله الخيار إذا رآه (و لا خيار للصانع) بل يجبر على العمل لأنه باع ما لم يره (كذا ذكره في المبسوط و هو الأصح لأنه باع ما لم يره) أشار به إلى نفي

(١)هذا جواب الخ كذا في العناية. (٢)هذا جواب الخ كذا في العناية. (٣)انما يصح ذلك الخ أقول الحصر ممنوع فانه يجوز أن يعتبر الصنع المعدوم موجودا إلا أن يقال المشار اليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتباره موجودا كذا في السعدية.

و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن له الخيار أيضاً لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر و هو قطع الصرم و غيره و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا و أما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله و لا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب

ما ذكره في الذخيرة من أن للصانع الخيار أشار إليه بقوله (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن له الخيار أيضاً) أي أن للصانع الخيار أيضاً كما للآمر كذا ذكر هذا في الذخيرة من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى و كذا في رواية أبي اليسر و قاضي خان رحمهما الله تعالى (لأنه) أي لأن الصانع (لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر و هو قطع الصرم) بفتح الصاد المهملة و سكون الراء و بالميم و هو الجلد و في المغرب (١) هو تعريب جرم (و غيره) أي و غير الصرم مثل إتلاف الخيط في خرزه (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا خيار لهما) أي للصانع و الآمر (أما الصانع فلما ذكرنا) أنه لا خيار له لما أن الاستصناع بيع و لا خيار للبائع فيما لم يره (و أما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله) أي بمثل ما اشتراه المستصنع و قد لا يشتريه غيره أصلاً كما لو استصنع واعظ منبراً يعظ الناس عليه و لم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً فإن (٢) قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا أجيب يجوز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فإن قيل (٣) ذلك لجهل منه و هو لا يصلح عذراً في در الإسلام أجيب بأن خيار المستصنع اختيار (٤) بعض المتأخرين من أصحابنا و لم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين و إنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التى لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين قال (٥) الأكمل و فيه نظر (٦) لأن غير الأب و الجد إذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لأن الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التى لا بد لإقامة الدين منها (و لا يجوز) أي الاستصناع (فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب) و في الكافي كالجباب و الثياب و صورته أن يدفع

---

(١)المغرب مادة صرم ص٤٧٢ ج١. (٢)فان قيل الخ كذا في العناية و نحوه في الكفاية. (٣)فان قيل الخ كذا في العناية. (٤)اختيار بعض المتأخرين الخ أقول بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا إلا أنه لا منافاة بينهما فتأمل كذا في السعدية. (٥)قال الأكمل في العناية ص٢٤٤ ج٦. (٦)و فيه نظر لأن غير الأب الخ أقول لا يخفى عليك أن مآل هذا النظر للتكلم على السند الأخص و انه لا يجدى نفعا كذا في السعدية.

لعدم المجوز و فيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم و إنما قال بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و لو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته و يحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه

إلى حائك ديناراً ليحوك له ثوباً من غزل نفسه إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع (لعدم المجوز) بكسر الواو من التجويز و المجوز هو التعامل (و فيما فيه تعامل) مثل الذي ذكرناه (انما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم) أي تسليم المستصنع (و إنما قال) أي محمد رحمه الله تعالى في أول المسألة (بغير أجل) في قوله و إن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل (لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) فلا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال و استقصاء الوصف و عدم جواز خيار الرؤية و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى لأنهم لا يجوزون الاستصناع (خلافاً لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فإنه عندهما استصناع (و لو ضربه) أي الأجل (فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالإتفاق) المراد بضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غداً أو بعد غد لا يصير سلماً لأن ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم و يحكى (١) عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال فلا يصير به سلماً و إن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال و قيل (٢) إن ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع و إن كان أكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الأعمال فلا يمكن تقديره بشيء معلوم (لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في المسألة الخلافية (أن اللفظ) أي لفظ الاستصناع (حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته) أي لفظ الاستصناع (و يحمل الأجل على التعجيل) لان ذكر الاجل محتمل فإنه يحتمل أن يكون للتعجيل و يحتمل أن يكون للاستمهال و الاستصناع محكم في تناوله ما وضع له غير محتمل لشيء آخر فيحمل المحتمل على المحكم فيقال ان ذكر الاجل للتعجيل (بخلاف ما لا تعامل فيه لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح) بدلالة الاجل تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه) أي أن المستصنع مبيع

---

(١)يحكى الخ كذا في العناية و الكفاية. (٢)قيل الخ كذا في الكفاية.

دين يحتمل السلم و جواز السلم بإجماع لا شبهة فيه و في تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى و الله أعلم.

مسائل منثورة

قال و يجوز بيع الكلب و الفهد و السباع

(دين) و المبيع الدين (يحتمل السلم) كما لو ذكر لفظ السلم (و جواز السلم بإجماع (١) لا شبهة فيه) لانه ثابت بآية المداينة و السنة (و في تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) لكونه مجتهدا فيه و لان فيه خلاف زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (فكان الحمل على السلم أولى و الله أعلم) لكونه أقرب إلى الجواز و أحق بالرخصة.

(مسائل منثورة)

مسائل مرفوعة على أنها خبر مبتدأ محذوف أى هذه مسائل و منثورة صفتها من نثرت الدراهم و التقدير هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها و لم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا (قال) أي القدوري (و يجوز (٢) بيع الكلب و الفهد و السباع) مثل الاسد و الدب و نحوهما فالقدوري أطلق بيع الكلب وما ذكر معه ليتناول المعلم و غير المعلم و أوضحه المصنف بقوله

---

(١)باجماع أي باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم كذا فى الكفاية. (٢)يجوز بيع الكلب الخ و فى الهندية ص١١٤ ج٣ يجوز بيع جميع الحيوانات سوى الخنزير و هو المختار كذا فى جواهر الأخلاطى و فى شرح المهذب للنووى الشافعي ص٢٤٠ ج٩ قال أصحابنا الحيوان الطاهر المملوك من غير الآدمي قسمان: قسم ينتفع به فيجوز بيعه كالابل و البقر و الغنم و الخيل و البغال و الحمير و الظباء و الغزلان و الصقور و البزاة و الفهود و الحمام و العصافير و العقارب و ما ينتفع بلونه كالطاوس أو صوته كالزرزور و الببغاء و العندليب و كذلك القرد و الفيل و الهرة و دود القز و النحل فكل هذا و شبهه يصح بيعه بلا خلاف لأنه منتفع به قال أصحابنا رحمهم الله تعالى و يجوز بيع الجحش الصغير بلا خلاف القسم الثاني من الحيوان ما لا ينتفع به فلا يصح بيعه و ذلك كالخنافس و العقارب و الحيات و الديدان و الفأر و النمل و سائر الحشرات و نحوها قال أصحابنا رحمهم الله تعالى و لا نظر الى منافعها المعدودة من خواصها لأنها منافع تافهة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى و فى معناها السباع التى لا تصلح للاصطياد و لا القتال عليها و لا تؤكل كالأسد و الذئب و النمر و الدب و أشباهها فلا يصح بيعها لأنه لا منفعة فيها و أما الحدأة و الرخمة و النعامة و الغراب الذى لا يؤكل فلا يجوز بيعها هكذا قطع به جماهير الأصحاب و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص٣٠٢ ج٤ و بيع الفهد و الصقر المعلم جائز و كذلك بيع الهر و كل ما فيه المنفعة و جملة ذلك أن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع من الكلب و ام الولد و الوقف و نحوها و سواء فى هذا ما كان طاهرا كالثياب و العقار و بهيمة الانعام و الخيل و الصيود أو مختلفا فى نجاسته كالبغل و الحمار و سباع البهائم و جوارح الطير التى تصلح للصيد كالفهد و الصقر و البازى و الشاهين و العقاب و الطير المقصود صوته كالهزار و البلبل و الببغاء و أشباه ذلك فكله يجوز بيعه و بهذا قال الشافعي رحمه الله تعالى.

المعلم و غير المعلم في ذلك سواء و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز

(المعلم و غير المعلم في ذلك سواء) أي المعلم و غير المعلم منها من الكلب و الفهد و السباع في جواز البيع سواء و في الإيضاح بيع كل ذى ناب من السباع و ذى مخلب من الطير جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الاصل أما الكلب المعلم فلا شك فى جواز بيعه لانه آلة الحراسة و الاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعاً به حقيقة و شرعاً فيكون مالاً و أما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه و يمنع الاجانب عن الدخول فيه و يخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به) و في شرح الإرشاد يجب قتله و يحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير و قال شمس الأئمة السرخسي و لو كان الكلب العقور بحال يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب و لا يجوز الذى لا يقبل التعليم و نقل الناطفي في الاجناس عن مسائل الفضل بن غانم قال أبو يوسف رحمه الله تعالى أجيز بيع كلب الصيد و الماشية و لا أجيز بيع الكلب العقور و قال محمد رحمه الله تعالى في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور و في الكيسانيات قال محمد رحمه الله تعالى و من قتله ضمن قيمته إلى هنا لفظ الاجناس و جاز بيع الفهد و في البيوع للحسن جاز بيع (١) القرد و ذكر في الاجناس قال أبو يوسف رحمه الله تعالى اكره بيع القرد لانه لا منفعة به و إنما هو للهو (و قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز

(١) بيع القرد و فى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٣٠٣ ج٤ قال أحمد أكره بيع القرد قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للاطافة به و اللعب فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع و الدكان و نحوه فيجوز لأنه كالصقر و البازى و هذا مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و قياس قول أبى بكر و ابن أبى موسى رحمهما الله تعالى المنع من بيعه مطلقا و فى شرح المهذب ص٢٢٩ ج٩ قال ابن المنذر أجمعت الأمة على أن اتخاذ الهر جائز و رخص فى بيعه ابن عباس رضى الله تعالى عنه و ابن سيرين و الحكم و حماد و مالك و الثورى و الشافعي و أحمد و اسحاق و أبو حنيفة و سائر أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى قال و كرهت طائفة بيعه منهم أبوهريرة رضى الله تعالى عنه و مجاهد و طاؤوس و جابر بن زيد رحمهم الله تعالى و نحوه فى المغنى. (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و فى شرح المهذب ص٢٢٨ ج٩ (فرع) ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يجوز بيع الكلب سواء كان معلما أو غيره و سواء كان جروا أو كبيرا و لا قيمة على من أتلفه و بهذا قال جماهير العلماء و هو مذهب أبى هريرة رضى الله تعالى عنه و حسن البصرى و الأوزاعي و ربيعة و الحكم و حماد و أحمد و داود و ابن المنذر و غيرهم رحمهم الله تعالى و قال أبوحنيفة رحمه الله تعالى يصح بيع جميع الكلاب التى فيها نفع و تجب القيمة على متلفه و حكى ابن المنذر عن جابر رضى الله تعالى عنه و عطاء و النخعى جواز بيع الكلب للصيد دون غيره و قال مالك رحمه الله تعالى لا يجوز بيع الكلب و تجب القيمة على متلفه و ان كان كلب صيد أو ماشية فعنه رواية كمذهبنا و رواية كمذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى

بيع الكلب لقوله عليه الصلاة و السلام إن من السحت مهر البغي و ثمن الكلب. و لانه نجس العين

بيع الكلب) مطلقاً لانه لا منفعة به و به قال أحمد و بعض (١) أصحاب مالك رحمهم الله تعالى يجوز بيع الكلب المأذون في امساكه و يكره و جوز الشافعي رحمه الله تعالى إجارة الكلب المعلم في أصح الوجهين أما اقتناء الكلب للصيد و الزرع و البيوت و المواشي فيجوز بالإجماع (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (إن من السحت مهر البغي و ثمن الكلب) هذا الحديث بغير هذا اللفظ رواه (٢) ابن حبانؒ في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال إن مهر البغي و ثمن الكلب و كسب الحجام من السحت و أخرجه (٣) الدارقطنيؒ أيضاً و لفظه ثلاث كلهن سحت كسب الحجام و مهر البغي و ثمن الكلب و قال الاترازيؒ وجه قول الشافعي رحمه الله تعالى ما روى في صحيح البخاري (٤) و السنن مسنداً إلى أبي مسعود الانصاري رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب و مهر البغي و حلوان الكاهن و ذكر أحاديث أخرى من هذا الباب و لكن هذا غير مناسب للحديث الذي ذكره المصنفؒ و رعاية المناسبة من التناسب السحت الحرام المحض الخالص و قيل السحت الحرام المستأصل من سحته و أسحته أي استأصله سمي الحرام سحتاً لأنه مستأصل دين الآكل و مهر البغي (٥) أجرة الزانية يقال بغت المرأة بغياً إذا زنت و التي زنت فهي بغي أي زانية و من حقه أن يقال بغية لأنه فعيل بمعنى فاعل و الحكم فيه أن يفرق بين المذكر و المؤنث إلا أنه قد يشبه فعيلا بمعنى مفعول فلا يفرق كما في قولهم ملحفة جديد قوله و ثمن الكلب سماه ثمناً باعتبار صورة البيع و حلوان الكاهن أجرته من الحلاوة و هو الذي يخبر عن الأشياء بإلقاء الشيطان (و لأنه) أي و لأن الكلب (نجس العين) بدلالة

(١) و بعض أصحاب مالك رحمهم الله تعالى الخ كذا في المغني ص ٣٠٠ ج ٤. (٢) رواه ابن حبانؒ الخ كذا في نصب الراية ص ٥٢ ج ٤. (٣) أخرجه الدارقطنيؒ في البيوع ص ٧٢ ج ٣ و في سنده الوليد بن عبيدالله قال الدارقطنيؒ ضعيف. (٤) البخاريؒ في البيوع باب ثمن الكلب ص ٢٩٨ ج ١ و مسلمؒ فيه باب تحريم ثمن الكلب و حلوان الكاهن الخ ص ١٩ ج ٢ و أبوداودؒ فيه باب في أثمان الكلاب ص ١٣٦ ج ٢ و الترمذيؒ فيه باب ما جاء في ثمن الكلب ص ١٥٣ ج ١ و النسائيؒ فيه باب بيع الكلب ص ٢٣٠ ج ٢ و ابن ماجةؒ في التجارات باب النهي عن ثمن الكلب الخ ص ١٥٧. (٥) البغي و في عمدة القاري ص ٥٨ ج ١٢ البغي بفتح الباء الموحدة و كسر الغين المعجمة و تشديد الياء و أصله بغوي على وزن فعول بمعنى فاعلة اجتمعت الواو و الياء و سبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء و أدغمت الياء في الياء فصار بغي بضم الغين فابدلت الضمة كسرة لأجل الياء و هو صفة لمؤنث فلذلك جاء بغير هاء كما يجيء اذا كانت بمعنى مفعول نحو ركوب و حلوب و لا يجوز أن يكون بغي هنا على وزن فعيل اذ لو كان كذلك للزمته الهاء كامرأة حليمة و كريمة و يجمع البغي على بغايا اه ملخصا.

و النجاسة تشعر بهوان المحل و جواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفياً و لنا أنه عليه الصلاة و السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية

نجاسة سؤره فإنه متولد من اللحم و ما كان كذلك لا يجوز بيعه (و النجاسة تشعر بهوان المحل) أي بذلته (و جواز البيع يشعر بإعزازه) أي باعزاز المحل (فكان منتفياً) أي فكان جواز البيع منتفياً و إلا يلزم اجتماع المتنافيين فلا يجوز (و لنا أنه عليه الصلاة و السلام) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ و لكن روى (١) الترمذيّ عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب الصيد ثم قال لا يصح من هذا الوجه و روى (٢) النسائيّ عن جابر رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب و السنور إلا كلب صيد و قال حديث منكر و قال مرة ليس بصحيح و قال الكاكيّ المدعي جواز بيع جميع الكلب و هذا الحديث يقتضي جواز بيع الصيد و الماشية قلنا المقصود من إيراد الحديث إبطال مذهب الخصم فإنه يدعي شمول عدم الجواز في الكل أما اثبات المدعي و المذهب فثابت بما ذكر في الأسرار حديث (٣) عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه فإنه قال قضي رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهما فذكره مطلقاً من غير تخصيص في أنواع الكلب بالتضمين و تضمين المتلف دليل على تقومه و ماليته أو نقول ثبت جواز بيع الكلب المعلم

---

(١)روى الترمذيّ في البيوع بعد باب ما جآء في كراهية ثمن الكلب و السنور ص ١٥٤ ج ١. (٢)روى النسائيّ في البيوع باب بيع الكلب ص ٢٣٠ ج ٢ أقول روى أبوحنيفة رحمه الله تعالى في مسنده في البيوع ص ١٦٩ عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال رخص رسول الله ﷺ في ثمن الكلب قال العلام المحقق ابن الهمامّ في الفتح ص ٣٤٦ ج ٦ و هذا سند جيد فان الهيثمّ ذكره ابن حبانّ في الثقات من أثبات التابعين فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصا و المخصص بيان للمراد بالعام فيجوز و ان كان دونه في القوة عندهم حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فيبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل و يخرج من العام مرة أخرى و تعليل اخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعا به و خصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية و خرج العقور و من مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول كل كلب تتأتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل و يرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعليل و لا نسخ بقياس فالوجه أن يعلل دليل التخصيص بنفع لا تربو عليه مفسدة و يدعى في العقور أن مفسدته تربو على منفعة حراسته لأن منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج ما سواه و قصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم أعني شمول المنع فيحتاج بعده إلى دليل المذهب و ليس إلا الوجه الثاني و على تقريرنا يتم الأول أيضا اه. (٣)حديث عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه الخ قال المحقق ابن الهمام في الفتح ص ٢٤٧ ج ٦ هذا الحديث أولا لا يعرف إلا موقوفا حدث به الحطاويّ و ثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فجعلها دليلاً على العموم خطأ ظاهر اه ملخصا.

و لانه منتفع به حراسة و اصطياداً فكان مالاً فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لأنه

بقوله إلا كلب صيد و جواز بيع الكلب الغير المعلم سوى العقور بقوله أو ماشية فإن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادته النباح عند حضور الذئب أو السارق فبقي العقور تحت المستثنى منه كذا في الأسرار قلت حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه موقوف أخرجه (١) الطحاوي بإسناد صحيح حيث قال و قد روي في ذلك عمن بعد النبي ﷺ أي من الصحابة و التابعين ثم قال حدثنا يونس قال حدثنا ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنه أنه قضي في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً و قضى في كلب ماشية بكبش و أخرج (٢) ابن أبي شيبة عنه أنه قال في كلب الصيد أربعون درهماً و في كلب الماشية شاة من الغنم و في كلب الحرث فرق من طعام و في كلب الدار فرق من تراب حق على الذى أصابه أن يعطيه و حق على صاحب الدار أن يقبله (و لأنه) أي و لأن الكلب (منتفع به حراسة و اصطياداً) حقيقة و شرعاً (فكان مالاً فيجوز بيعه) لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فيكون محلا للبيع فان قيل (٣) الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالآدمي فإنه ينتفع إجارة و غيرها و لا يدل على أن عينه مال قلنا الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة ألا ترى انه يورث و المنفعة وحدها لا تورث فيجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد و الأمة و الثوب و لا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخرز و لا يجوز بيعه لأنا نقول إن الخنزير محرم العين شرعاً لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه فثبتت الحرمة فى كل جزء منه و سقطت القيمة ثم الإباحة لضرورة الخرز لا تدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كإباحة لحمه حالة الضرورة لا تدل على صحة التمول و جواز بيعه فأما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم اباحته لضرورة ليبقى ما وراءها على التحريم كذا فى الأسرار (بخلاف الهوام (٤) المؤذية) من الحيات و العقارب و الوزغ و القنافذ و الضب و هوام الارض جميعاً (لأنه) أي

س(١) أخرجه الطحاوي فى شرح معانى الآثار فى البيوع باب ثمن الكلب ص ٢١١ ج٢. (٢) أخرج ابن أبى شيبة فى البيوع و الأقيضة (باب) من رخص فى ثمن الكلب ص٢٤٧ ج٦ و عبد الرزاق فى العقول باب عقل الكلب ص٧٦ ج١٠ و البيهقي فى البيوع جماع أبواب بيوع الكلاب و غيرها الخ ص٨ ج٦. (٣) فان قيل الخ كذا فى الكفاية. (٤) الهوام المؤذية و في الهندية ص١١٤ ج٣ و لا يجوز بيع هوام الأرض كالحية و العقرب و الوزغ و ما أشبه ذلك كذا فى المحيط و فى النوازل و يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها فى الأدوية و ان كان لا ينتفع بها لا يجوز و الصحيح أنه يجوز بيع كل شيء ينتفع به كذا فى التتارخانية و فى الشامية: قال فى النهاية و ما قيل ان الاستشفاء بالحرام حرام غير مجرى على إطلاقه و أن الاستشفاء بالحرام انما لا يجوز اذا لم يعلم أن فيه =>

لا ينتفع بها و الحديث محمول على الإبتداء قلعاً لهم عن الإقتناء و لا نسلم نجاسة العين و لو سلم فيحرم التناول دون البيع قال و لا يجوز بيع الخمر و الخنزير

لأن المذكور من الهوام المؤذية (لا ينتفع بها) بل هي مضرة قطعاً و الهوام جمع هامة بتشديد الميم و في المغرب (١) الهامة من الدواب ما يقتل من ذوات السموم كالعقارب و الحيات (و الحديث) أي الحديث المذكور الذى استدل به الشافعي رحمه الله تعالى (محمول على الإبتداء) أى حالة ابتداء الإسلام و تقريره ما روى عن ابراهيمؒ انه قال روي عن النبى ﷺ أنه رخص فى ثمن كلب الصيد و ذلك دليل على تقدم نهى النسخ فإنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب و كانت تؤذي الضيفان و الغرباء فنهوا عن اقتنائها و هو معنى قوله (قلعاً لهم عن الاقتناء) فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب و نهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به من الكلاب فالحديث الذى رواه الشافعي رحمه الله تعالى كان في الابتداء و يجوز أن يقال الحديث مشترك الإلزام لأنه قال ثمن الكلب و الثمن (٢) فى الحقيقة لا يكون الا فى المبايعة (و لا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلال الشافعي رحمه الله تعالى بالمعقول بالمنع فإن تمليكه في حالة الاختيار يجوز بالهبة و الوصية و ليس نجس العين كذلك (و لو سلم فيحرم التناول دون البيع) و في الإيضاح فأما نجاسة العين في ذاته إن سلم له فتأثيرها في تحريم التناول و وجوب الاجتناب عنه صونا لنفسه و ثيابه عن النجاسة فأما في حق جواز الانتفاع بها اصطياداً و حراسة فلا و في جامع قاضي خان و هذا مثل السرقين عندنا فإنه يجوز بيعه لإنتفاع الناس به من غير نكير و عند (٣) الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز لنجاسة عينه كالعذرة قلنا العذرة لا ينتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب فحينئذ يجوز بيعها تبعاً (قال و لا يجوز بيع الخمر و الخنزير) هذا لفظ القدوريؒ في مختصره و الاصل فيه قوله تعال ﴿إنما الخمر (٤) و الميسر و الأنصاب و الأزلام رجس... الآية﴾ والرجس اسم للحرام النجس و لا يجوز التصرف في الحرام

=> شفاء أما اذا علم و ليس له دواء غيره يجوز و معنى قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم يحتمل أن يكون قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لأنه حينئذ يستغنى بالحلال عن الحرام و يجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام و انما يكون بالحلال اه نور العين.

(١)المغرب مادة همم ص٣٨٩ ج٢. (٢)و الثمن فى الحقيقة الخ أقول له أن يقول إطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته و قرينة المجاز قوله عليه الصلاة و السلام ان من السحت كما فى مهر البغى و فى حرم بيعها و أكل ثمنها كذا فى السعدية. (٣)عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى شرح الوجيز ص٢٣ ج٤ أقول و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كما فى المغنى ص٣٠٢ ج٤. (٤) انما الخمر الآية المآئدة: ٩٠.

لقوله عليه الصلاة و السلام فيه إن الذي حرم شربها حرم بيعها و أكل ثمنها و لانه ليس بمال في حقنا و قد ذكرناه قال و أهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه الصلاة و السلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين و عليهم ما على المسلمين و لأنهم مكلفو ن محتاجو ن كالمسلمين

(لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبى ﷺ (فيه) أي في الخمر (إن الذى حرم شربها حرم بيعها و أكل ثمنها) هذا حديث مسلمٌ (١) عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و لفظه قال إن الذى حرم شربها حرم بيعها (و لأنه) أي و لأن كل واحد من الخمر و الخنزير (ليس بمال في حقنا) أي ليس بمال متقوم في حق المسلمين (و قد ذكرناه) أي في باب البيع الفاسد (قال) أي القدوريّ في مختصره و قال (٢) الأكملٌ قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة الربا و لا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة و نقل مطولاً من الاصل و كان ينبغي له أن يقول أولاً قال القدوريّ ثم يقول ما قاله محمد رحمه الله تعالى فى الأصل تحرزاً عن اللبس (و أهل الذمة في البياعات) بكسر الباء الموحدة و تخفيف الياء آخر الحروف قال (٣) الجوهرىٌ البياعة السلعة انتهى فهذا يدل على أن البياعات جمع بياعة و الظاهر من هذا أن المعنى أن أهل الذمة في بيع السلع (كالمسلمين) و لكن الظاهر أن الفقهاء أرادوا بالبياعات البيو ع و ليس في اللغة ما يدل على هذا (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبى ﷺ (في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين و عليهم ما على المسلمين) أراد بذلك الحديث حديث معاذ رضي الله تعالى عنه لما بعثه النبى ﷺ إلى اليمن فإنه حديث أخرجه (٤) الأئمة الستةٌ في كتبهم و ليس فيه ما ذكر المصنفٌ من قوله لهم ما للمسلمين... إلى آخره و قال مخرج (٥) أحاديث الهدايةٌ لم أعرف الحديث الذى أشار إليه المصنفٌ و لم يتقدم في هذا المعنى إلا حديث معاذ رضى الله تعالى عنه و هو في كتاب الزكاة و حديث بريدة رضى الله تعالى عنه و هو في كتاب السير و ليس فيهما ذلك و لم يتعرض أحد من الشراح إلى تحرير هذا تقصيرا منهم (و لأنهم) أي و لأن أهل الذمة (مكلفو ن) أي بالإيمان (محتاجو ن) أي في المعاملات (كالمسلمين) فكانوا محتاجين إلى ما تبقى به أنفسهم و لا تبقى الأنفس إلا بالطعام و الشراب و

(١)مسلمٌ فى البيوع باب تحريم بيع الخمر ص٢٢ ج٢. (٢)قال الأكملٌ فى العناية ص٢٤٨ ج٦. (٣)قال الجوهرىٌ الخ أقول لم أجده فى الصحاح للجوهرىٌ نعم قال ابن منظورٌ فى لسان العرب مادة بيع ص٢٥ ج٨ البياعات: الأشياء التي يتبايع بها في التجارة. (٤)أخرجه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى الخ قد مر تخريجه مفصلا فى البناية باب من يجوز دفع الصدقات الخ ص١٩٢ ج٤. (٥)قال مخرج أحاديث الهداية اى الحافظ العلامة جمال الدين الزيلعي فى نصب الراية ص٥٥ ج٤.

قال إلا فى الخمر و الخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير و عقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها أموال في اعتقادهم و نحن أمرنا بأن نتركهم و ما يعتقدون دل عليه قول عمر رضى الله تعالى عنه ولّوهم بيعها و خذوا العشر من أثمانها قال و من قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز و يأخذ الالف من المشتري و الخمسمائة من الضامن

الكسوة و السكنى و لا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة و منها البيع فيجب أن يكون مشروعاً في حقهم ليتمكنوا من تبقية أنفسهم (قال) أي القدوري (إلا فى الخمر و الخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير و عقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة) حاصل الكلام يحل لهم ما يحل لنا و يحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر و الخنزير فإنهم أقروا بعقد الأمان على أن يكون ذلك مالاً لهم فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالا و فيه نقض الأمان (لأنها) أي لأن الخمر و الخنزير (أموال في اعتقادهم و نحن أمرنا بأن نتركهم و ما يعتقدون دل عليه) أي على ما ذكرنا من أنا أمرنا بأن نتركهم و ما يعتقدون (قول عمر رضى الله تعالى عنه ولّوهم بيعها و خذوا العشر من أثمانها) هذا رواه (١) عبد الرزاق فى مصنفه فى البيوع أخبرنا سفيان الثوري عن عبد الأعلى عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أن عماله يأخذون الخمر فى الجزية فنشدهم ثلاثاً فقيل انهم ليفعلون ذلك قال فلا تفعلوا و لكن ولّوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا أثمانها و رواه (٢) أبو عبيد فى كتاب الأموال و قال فيه ولّوهم بيعها و خذوا أنتم من الثمن (قال و من قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير و صورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم و هو لا يبيع إلا بألف و خمسمائة و المشتري لا يرغب فيه إلا بألف درهم فيجيء آخر و يقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فيقول صاحب العبد بعت فالبيع جائز (و يأخذ الألف) أي يأخذ البائع الألف (من المشترى و الخمسمائة) (٣) أي و يأخذ الخمسمائة (من الضامن) و هو الفضولي الذي لا تعلق له في الوسط

(١)رواه عبد الرزاق فى البيوع باب بيع الخمر ص ١٩٥ ج٨. (٢)رواه أبو عبيد الخ كذا فى نصب الراية ص ٥٥ ج٤. (٣)الخمسمائة بالالف و اللام فى المضاف دون المضاف اليه و قيل لا خلاف فى امتناعه و قال ابن العصفور بعض الكتاب يجيزون ذلك و هو قليل جدا و قيل اذا ورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر فى المضاف اليه على حذف مضاف أي الخمس خمس مائة كذا فى العناية.

و إن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم و لا شيء على الضمين و أصله أن الزيادة على الثمن و المثمن جائزة عندنا و تلتحق بأصل العقد خلافاً لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لانه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع و هو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً

(و إن كان) أي الرجل الآخر (لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم و لا شيء على الضمين) ذكر الإمام السرخسي الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى ضمن الأجنبي و صير نفسه زعيماً حيث قال من الثمن فيجب عليه و في الثانية أنه رشاه على البيع بما سماه من المال و الرشوة حرام لا يلزم بالضمان (و أصله) اي و أصل ما ذكر من هذه المسألة (أن الزيادة على الثمن و المثمن جائزة عندنا و تلتحق) أي الزيادة (بأصل العقد خلافاً لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لأنه) أي لأن الإلحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع و هو كونه) أي كون الثمن (عدلاً) بأن يكون الثمن مساوياً لقيمة المبيع (أو خاسراً) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع (أو رابحاً) بأن يكون الثمن زائداً على قيمة المبيع و كل ذلك مشروع فإن قيل كيف يجب عليه شيء من الثمن بالبيع و لم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه قلنا التزم الثمن بالبيع مقصوداً فصار كبدل الخلع و قال تاج الشريعة و إن قلت لو ثبتت هذه الزيادة ثمناً لتوجهت المطالبة بها على المشتري ثم الضامن يتحمل عنه و لا يطالب المشتري بها لأنه لم يلتزمها و إنما يطالب بها من التزمها لأنها من الثمن في حق من التزمها لا في حق من لم يلتزمها و ثبوت الحكم بحسب السبب كالرجل يقول لفلان على فلان ألف درهم و أنا به كفيل و أنكر الأصيل ذلك يصير الكفيل مطالباً دون الأصيل لهذا المعنى انتهى و قال بعضهم القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي لأنها بدل المال معاوضة من غير أن يحصل بإزائه عوض و ذلك لا يجوز اعتباراً بأصل الثمن إلا أنا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الأجنبي شرعاً و هو حديث أبي قتادة رضي الله تعالى عنه حين امتنع النبي ﷺ عن الصلاة على رجل من الأنصار لمكان دين عليه قال أبو قتادة رضي الله تعالى عنه هو علي أو إلي أو في مالي يا رسول الله و جوز ذلك منه حتى صلى على الميت و ذلك القضاء منه بذل المال من غير عوض يحصل بمقابلته و الزيادة في الثمن من الأجنبي في معناه فيلحق به دلالة و قال صاحب النهاية الأولى ما قاله العلماء لأنا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث ينبغي أن يجوز من الأجنبي التزام أصل الثمن أيضاً إذ الحكم

ثم قد لا يستفيد المشترى بها شيئاً بأن زاد فى الثمن و هو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح و إذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال و من اشترى جارية و لم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية و هو الملك في الرقبة على الكمال و عليه المهر

لا يفرق بينهما و بالإتفاق لا يجوز التزام أصل الثمن من الأجنبي و لأن حكم الحديث كان بعد الوجوب و التزام الزيادة من الأجنبي وقت المعاقدة قبل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقاً (ثم قد لا يستفيد المشتري بها) أي بالزيادة (شيئاً بأن زاد فى الثمن و هو) أي و الحال أن الثمن (يساوي المبيع بدونها) أي بدون الزيادة فإذا كان كذلك (فيصح اشتراطه) أي اشتراط الثمن و في بعض النسخ فيصح اشتراطها أي اشتراط الزيادة (على الأجنبي كبدل الخلع) لأن في الخلع لا يسلم شيء للمرأة بمقابلة بدل الخلع لأنه إسقاط محض و اشتراط البدل على الأجنبي جائز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري (لكن من شرطها) أي من شرط الزيادة (المقابلة تسمية) بأن يتكلم المتكلم بلفظه من الثمن (و صورة) بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة و إن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا بالمزيد عليه (فإذا قال من الثمن وجد شرطها) و هو المقابلة (فيصح و إذا لم يقل) من الثمن (لم يوجد) أي شرطها (فلم يصح) لأنها ليست زيادة فى الثمن بل هو التزام مبتدأ فيكون بطريق الرشوة و هو حرام (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى جارية و لم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية) أي ولاية التزويج (و هو الملك في الرقبة على الكمال و عليه المهر) قيد بالكمال لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج فإن قيل ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف أيضا فلم لا يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك فان عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض و عندنا لا يجوز البيع و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و يجوز التزويج و العتق قلنا لورود النهي في ذلك و النكاح ليس ببيع و لا في معناه و لا يثبت حكم البيع فيه ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض بخلاف النكاح و شرط البيع أن يكون مقدور التسليم بخلاف النكاح فإنه ليس بشرط فيه و لهذا لا يجوز بيع الآبقة و يجوز إنكاحها و ذكر الصدر الشهيد جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع و إن انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد رحمهما الله تعالى

و هذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله و إن لم يطأها فليس بقبض و القياس أن يصير قابضاً لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل و به يصير قابضاً و لا كذلك الحكمي فافترقا قال و من اشترى عبداً فغاب و العبد في يد البائع و أقام البائع البينة أنه باعه إياه فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع و فيه إبطال حق المشتري و إن لم يدر أين هو

و المختار قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و ذكر الإمام القاضي ابوبكرؒ لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا تبطل النكاح و إن بطل البيع و متى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري (و هذا) أي وطء الزوج (قبض) و عند الشافعي و أحمد و مالك رحمهما الله تعالى لا يصير قبضاً (لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته) أي من جهة المشتري (فصار فعله كفعله) أي فعل الزوج كفعل المشتري (و إن لم يطأها) أي الزوج (فليس بقبض و القياس أن يصير قابضاً) أي يصير المشتري قابضاً بمجرد النكاح (لأنه) أي لأن التزويج (تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي) حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها فيصير كالتعييب الحقيقي كقطع اليد و فقء العين (وجه الإستحسان أن في الحقيقي) أي في التعييب الحقيقي (استيلاء على المحل) باتصال فعل منه إليه (و به يصير قابضاً) أي بالتعييب الحقيقي يصير قابضاً (و لا كذلك الحكمي) أي التعييب الحكمي فلا يصير قابضاً فان قيل يشكل على هذا الإعتاق و التدبير فانهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل الحسي و مع انه يصير قابضاً بهما باجماع العلماء قلنا هما إتلاف من وجه لأن الإعتاق انهاء للملك و إتلاف للمالية و لهذا يثبت له الولاء و من ضرورته أن يصير قابضا و كذا التدبير في استحقاق الولاء و ثبوت حق الحرية كذا فى المبسوط (فافترقا) أي بالوجه المذكور افترق الحكمان المذكوران (قال و من اشترى عبداً فغاب) أي فغاب المشتري و لم يدفع الثمن الى البائع (و العبد) أي و الحال أن العبد (في يد البائع و أقام البائع البينة) عند القاضي (انه باعه إياه) أي أن البائع باع العبد للذي اشتراه ثم غاب قبل نقد الثمن و طلب البائع من القاضي أن يبيعه بدينه (فان كانت غيبته) أي غيبة المشتري (معروفة لم يبع فى دين البائع) على صيغة المجهول أي العبد لم يبع (لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع و فيه) أي و فى بيع العبد (إبطال حق المشتري) لان البيع يبطل حقه في العبد (و إن لم يدر) أي و إن لم يعلم (أين هو) أي المشتري

بيع العبد و أوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه و إذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات و المشتري إذا مات مفلساً و المبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه و إن نقص يتبع هو أيضا فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله و يقبضه و إذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن و هو قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى

يعني في أي مكان هو (بيع العبد) في دين البائع (و أوفي الثمن) (١) أى ثمن العبد الذى اشتراه الرجل يوفى من ثمنه الذى يباع لاجل دين البائع (لان ملك المشتري ظهر باقراره) أي باقرار البائع أنه باعه إياه (فيظهر علي الوجه الذى أقر به) حال كونه (مشغولاً (بحقه) أي بحق البائع (و إذا تعذر استيفاؤه من المشتري) لاجل غيبة المشتري و عدم معرفة مكانه (يبيعه القاضي) لانه نصب ناظراً لمصالح المسلمين (فيه) أي في استيفاء حقه (كالراهن إذا مات) فان المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إذا تعذر الإستيفاء (و المشتري) أي و كالمشتري (اذا مات مفلسا و المبيع) أي و الحال أن المبيع (لم يقبض) فان المبيع يباع بثمنه (بخلاف ما بعد القبض) أي بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينة البائع لا تقبل (لأن حقه) أي حق البائع (لم يبق متعلقاً به) أي بالعبد بل صار ديناً في ذمة المشتري (ثم إن فضل شيء) من ثمن العبد (يمسك للمشتري) لأن الفاضل له (لأنه بدل حقه) أي لأن الفاضل بدل حق المشتري (و إن نقص) أى حق البائع من ثمن العبد (يتبع هو أيضاً) أي يتبع البائع المشتري أيضاً يعني يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به (فإن كان المشتري اثنين) أي فإن كان مشتري العبد اثنين (فغاب أحدهما فللحاضر (٢) أن يدفع الثمن كله و يقبضه) أي و يقبض العبد (و إذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن و هو) أي المذكور من الحكم (قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى

---

(١)أوفى الثمن أقول الثمن منصوب و هو مفعول ثان لأوفى اي أوفى البائع الثمن. (٢)فللحاضر الخ و فى فتح القدير: الحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق فلو نقده اختلفوا في مواضع الأول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا و عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى يجبر و الثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا بل لا يقبض إلا نصيبه على وجه المهاياة و عندهما يجبر و الثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما نقده عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لا و عندهما يرجع.

إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه و كان متطوعا بما أدى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه و هو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه و لهما أنه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة و له حق الحبس ما بقي شيء منه و المضطر يرجع

إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه و كان متطوعاً بما أدى عن صاحبه لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه و هو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه) ذكر هذه المسألة تفريعاً لما تقدم و الخلاف في موضعين في قبض الكل و في ولاية الرجوع و اعلم أن الحاضر ليس له أن يقبض العبد حتى يؤدي كل الثمن بالاتفاق لأن البائع حبس المبيع بكل الثمن فإذا أدى كل الثمن لا يقبض إلا نصيبه و لا يرجع عليه بما أدى عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عندهما يقبض الكل و يرجع بما أدى (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن الحاضر (مضطر فيه) أي في دفع كل الثمن (لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة و له) أي و للبائع (حق الحبس) أي حبس المبيع لأجل قبض جميع الثمن (ما بقي شيء منه) أي الثمن فيكون مضطرا في ذلك (و المضطر يرجع) فإن قيل لو كان التعليل بالإضطرار معولا عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون الشريك حاضراً أو غائباً كما في صاحب العلو فإنه يبني السفل ليبنى عليه علوه فإنه لا يكون متبرعاً ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً و ها هنا لو كانا حاضرين فأراد أحدهما نقد الثمن و قبض نصيبه ليس له ذلك بالاجماع و لو نقد نصيبه كان متبرعاً فيما نقد بالاجماع قلنا الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر لأن من خاطب الاثنين بالبيع فقبل أحدهما دون الآخر لم يملك شيئاً منه و إذا ثبت أن الملك له باعتبار قبول الحاضر كان الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء و إذا نقد الثمن يتمكن من قبض المبيع و يثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه و أما صاحب العلو فإنه مضطر إلى أن يتوصل إلى حقه من بناء العلو سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً لأنه ليس له أن يخاصمه في أن يبني السفل ليبني هو علوه فلذلك افترقا فإن قيل ما الفرق بين هذا و بين ما إذا استأجر رجلان داراً فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر الأجرة كله فانه يكون متبرعاً بالاجماع قلنا انه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة اذ (١) ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا

---

(١) اذ ليس الخ. قال في النهر: و ينبغي أن يقال إلا ان يشترط تعجيل الأجرة كذا في المنحة على البحر.

كمعير الرهن و إذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه إلى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه قال و من اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية و بمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب و الفضة يجب من الذهب مثاقيل و من الفضة دراهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما

ذكره التمرتاشي (كمعير الرهن) صورته رجل أعار إنساناً شيئاً ليرهنه فرهنه المستعير ثم أفلس أو غاب فافتكه المعير يرجع بما أدى منه عليه و إن كان ذلك الأداء بغير أمره لأنه مضطر فكذا فيما نحن فيه (و إذا كان له) أي للحاضر (أن يرجع عليه) أي على الغائب (كان له الحبس عنه) أي حبس نصيبه عن الغائب (إلى أن يستوفي حقه) و هو الذي ادعى عنه (كالوكيل بالشراء إذا قضي الثمن) أي ثمن الذي اشتراه (من مال نفسه) دون مال الموكل فإنه يرجع عليه بما أدى من الثمن (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من اشترى جارية بألف مثقال ذهب و فضة فهما) أي الذهب و الفضة (نصفان) يعني من الذهب خمسمائة مثقال و من الفضة خمسمائة مثقال و لم يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل و لم تترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات لأنهما لما تعارضا و لم يوجد المرجح صير إلى قضية الاضافة فوجب من كل واحد منهما خمسمائة (لأنه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية) للترجيح (و بمثله) (١) أي و بمثل المذكور (لو اشترى جارية بألف من الذهب و الفضة يجب من الذهب مثاقيل و من الفضة دراهم وزن سبعة) يعني كل عشرة من الدراهم وزن سبعة من المثاقيل (لأنه أضاف الألف إليهما) أي إلى الذهب و الفضة (فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما) و المعهود في الذهب المثقال و في الفضة الدرهم (٢) و قال التمرتاشي لو قال بألف مثقال من الذهب و الفضة فهما نصفان لأنه أضاف العقد إليهما على السواء فيشترط بيان صفتهما

---

(١)بمثله هذا اللفظ فى استعمال الفقهاء فيما إذا كانت المسألتان متشابهتين صورة و مختلفتين حكما و ههنا كذلك كذا فى الحواشي معزيا إلى النهاية. (٢)الدرهم و فى فتح القدير: فى الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود وزن سبعة و يجب كون هذا اذا كان المتعارف فى بلد العقد فى اسم الدراهم ما بوزن سبعة و المتعارف في بعض البلاد الآن كالشام و الحجاز ليس ذلك بل وزن ربع و قيراط من ذلك الدرهم و أما فى عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس إلا أن يقيد بالفضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف فضة.

قال و من له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا و هو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يرد مثل زيوفه و يرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل و لا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا و لهما

بخلاف الدراهم و الدنانير حيث ينصرف إلى الجيد و كذا لو قال له على مائة مثقال ذهب و فضة فعليه من كل واحد النصف و هكذا في جميع ما يقر به من المكيل و الموزون و الثياب و غيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً أو وديعة أو بيعاً أو شراء أو مهراً أو جعلاً في خلع أو وصية أو كفالة أو غير ذلك و كذا لو قال له علي كر حنطة و شعير و سمسم كان عليه الثلث من كل جنس (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفاً) أي دراهم زيوفاً (١) (و هو لا يعلم) (٢) أي و الحال أن صاحب الدين لا يعلم أنها زيوف (فأنفقها) أي فأنفق تلك الزيوف رب الدين (أو هلكت فهو قضاء عند (٣) أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) يعني يكون مؤدياً ما عليه من تلك الدراهم و لا يبقى عليه شيء (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يرد مثل زيوفه و يرجع بدراهمه لأن حقه في الوصف) و هو الجودة أو الرداءة (مرعي كهو في الأصل) أي كحقه في القدر حتى لو كان المقبوض دون حقه في القدر الذي هو الأصل لم يسقط حقه في المطالبة فكذا إذا كان دون حقه وصفاً فيرد المقبوض إن كان باقياً و مثله إن كان مستهلكاً (و لا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف) منفرداً لعدم انفكاكه (لأنه) أي لأن الوصف (لا قيمة له عند المقابلة بجنسه) لأنه يؤدي إلى الربا فاذا كان الأمر كذلك (فوجب المصير إلى ما قلنا) و هو قوله يرد مثل زيوفه و يرجع بدراهمه (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى

(١)زيوفا قيد بالزيوف لأنها لو كانت ستوقة أو نبهرجة فأتلفها فانه يرد مثلها و يرجع بالجياد اتفاقا و في المصباح: زافت الدراهم تزيف زيفا من باب "سار" ردأت ثم وصف بالمصدر فقيل درهم زيف مثل فلس و فلوس و ربما قيل زائف على الأصل و دراهم زيف مثل راكع و ركع و زيفتها تزييفا أظهرت زيفها قال بعضهم: الدراهم الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت و كانت معروفة قبل زماننا و قدرها مثل سنج الميزان اه. و في الواقعات الحسامية من البيع تكلموا في معرفة الزيوف و النبهرجة قال ابو النصرؒ: الزيوف دراهم مغشوشة أما النبهرجة التي تضرب في غير دار السلطان و الستوقة صفر مموه بالفضة و قال الفقيه ابوجعفرؒ: الزيوف ما زيفه بيت المال يقال في عرفنا غطر يقي لا غير و النبهرجة ما لا يقبله التاجر اه كذا في البحر. (٢)لا يعلم قيد بعدم العلم لأنه لو علم بها و أنفقها كان قضاء اتفاقا كذا في البحر. (٣)عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى الخ ذكر فخر الاسلامؒ و غيره أن قولهما قياس و قول أبي يوسف رحمه الله تعالى هو الاستحسان فظاهره ترجيح قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في البحر.

أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الإستبدال جاز فيقع به الاستيفاء و لا يبقى حقه إلا في الجودة و لا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا و كذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه و لا نظير له قال و إذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه و كذا إذا باض فيها و كذا إذا تكنس فيها ظبي لأنه مباح سبقت يده إليه

(أنه) أي المؤدى و هو الزيوف (من جنس حقه) و أوضح ذلك بقوله (حتى لو تجوز به) أي بالمؤدي يعني لو أخذه مساهلاً لنقصان حقه (فيما لا يجوز الاستبدال) فيه كما في الصرف و السلم (جاز فيقع به الاستيفاء و لا يبقى حقه إلا في الجودة و لا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه (و كذا بإيجاب ضمان الأصل) أي و كذا لا يمكن تداركها بإيجاب ضمان الأصل (لأنه) أي لأن إيجاب ضمان الأصل (إيجاب له عليه) أي إيجاب لأجله عليه (و لا نظير له) أي في الشرع و حاصل الكلام أن الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعاً لأنها عند المقابلة بالجنس هدر و لا عقلا لعدم تصور الانفكاك و لا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل و الفرض أنه من حيث الأصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه و لا نظير له في الشرع و اعترض (١) من وجهين أحدهما أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد و ههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى و إن كان ملكاً له حتى لو اشترى صح و الثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه و وجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر و الجواب عن الأول أن الفائدة ثمة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه و عن الثاني (٢) أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعا له (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه و كذا) أي و كذا لمن أخذ (إذا باض فيها) أي ألقى الطير بيضها في أرض رجل (و كذا إذا تكسر) و في بعض النسخ تكنس أي (٣) دخل في الكناس و هو موضعه و قيد بقوله تكسر) لأنه لو كسره أحد يكون له (فيها) أي في أرض رجل (ظبي) مرفوع لأنه فاعل (لأنه) أي لأن كل واحد من الفرخ و البيض و الظبي (مباح سبقت يده إليه) فاستحق ذلك بالسبق

(١)اعترض الخ كذا في العناية. (٢)عن الثاني ان الوصف الخ. أقول هذا يرجع إلى تغيير الدليل و الله اعلم كذا في السعدية. (٣)تكنس. و في المغرب مادة كنس ص٢٣٤ ج٢ كنس الظبي: دخل في الكناس (بالكسر) كنوسا (بالضم) من باب طلب و تكنس مثله و منه الصيد اذا تكنس في أرض انسان أي استتر. و يروى تكسر و انكسر

و لأنه صيد و إن كان يؤخذ بغير حيلة و الصيد لمن أخذه و كذا البيض لأنه أصل الصيد و لهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيّه و صاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف و كما إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم فى ثيابه لم يكن له ما لم يكفه أو كان مستعداً له بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه لأنه عد من أنزاله

(و لأنه) أي و لأن كل واحد من الفرخ و البيض و الظبي (صيد) فالذي يأخذه هو أحق به بالحديث (و إن كان يؤخذ بغير حيلة) كلمة إن واصلة بما قبله (و الصيد لمن أخذه) لقوله عليه الصلاة و السلام الصيد لمن أخذ (و كذا البيض) حكمه حكم الصيد (لأنه) أي لأن البيض (أصل الصيد) و أوضح ذلك بقوله (و لهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره) أي بكسر البيض (أو شيّه) أي أو شيّ البيض و أشار إلى أن الحكم المذكور فيما إذا لم يعد صاحب الأرض موضعاً لفراخ الصيد ليأخذه و أما إذا أعد في أرضه موضعاً لذلك فهو له و أشار إليه بقوله (و صاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك) أي لأجل فراخ الصيد و الواو فيه للحال (فصار) حكم هذا (كنصب شبكة للجفاف) أي لاجل الجفاف فتعلق بها صيد فهو للآخذ و كذا إذا نصب خيمة (و كما) أي و كذا الحكم (إذا دخل الصيد داره) فهو للآخذ و قال الاترازيّ و لو أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه و لو أنه أغلق الباب و لم يرد به الصيد و لم يعلم به فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه (أو وقع ما نثر من السكر و الدراهم في ثيابه لم يكن له) فهو لمن أخذ (ما لم يكفه) أي ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه فاذا كان كفه فهو له دون غيره (أو كان) (١) أي صاحب الثوب (مستعداً له) أي للنثار بأن قصده و تهيأ له فحينئذ يكون له ما وقع فى ثيابه (بخلاف ما اذا عسل النحل فى أرضه) بتشديد السين يقال زنجبيل (٢) معسل اى معمول بالعسل و عسلت القوم أي زودتهم العسل (لانه) أي لان العسل (عد من أنزاله) أي من أنزال الارض و ذكر الضمير و إن كان راجعاً إلى الارض باعتبار المكان و الانزال بفتح الهمزة جمع النزل و هو الزيادة و الفضل كذا فى المغرب (١) و الحاصل أنه من ريع الارض و ما يحصل منها فإذا

---

(١)أو كان الخ اما معطوف على قوله لم يكفه بتقدير حرف النفى أى ما كان مستعدا له و اما معطوف على محذوف بعد قوله ما لم يكفه اى اذا كان كفه أو كان مستعدا له كان له أى للكاف أو للمستعد كذا فى النهاية.

(٢)زنجبيل معسل الخ كذا فى الصحاح للجوهريّ مادة عسل ص١٧٦٤ ج٥. (١)المغرب مادة نزل ص٢٩٧ ج٢ و فى لسان العرب ص٦٥٩ ج١١ النزل (بالضم فالسكون) الريع و الفضل و كذلك النزل (بفتحتين) =>

فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيه و التراب المجتمع في أرضه بجريان الماء

كان كذلك (فيملكه) أي يملك صاحب الارض العسل (تبعاً لارضه) لان العسل غالباً لا يحصل في مطلق المواضع و لا بمطلق الاغذية فإذا عسل في أرض علم أنه من نبات تلك الارض (كالشجر النابت فيه) يعني إذا ثبتت في أرضه فتكون له (و التراب) أي كالتراب (المجتمع في أرضه بجريان الماء) يكون أيضاً لمالك الارض بخلاف الصيد كما ذكرنا (٢)

=> المحكم: النزل (بالضم فالسكون) و النزل بالتحريك ريع ما يزرع أي زكاؤه و بركته و الجمع أنزال و قد نزل (من باب سمع) نزلا (بفتحتين) و طعام نزل: ذو نزل و نزيل: مبارك، الأخيرة عن ابن الأعرابي و طعام قليل النزل و النزل بالتحريك أي قليل الريع و كثير النزل و النزل بالتحريك و أرض نزلة (بالفتح فالسكون): زاكية الزرع و الكلإ و ثوب نزيل: كامل و رجل ذو نزل (بفتحتين): كثير الفضل و العطاء و البركة. (٢)ذكرنا و في فتح القدير ص٢٥٧ ج٦ و من جنس هذه المسائل لو اتخذ في أرضه حظيرة للسمك فدخل المآء و السمك ملكه و لو اتخذت لغيره فمن أخذ السمك فهو له و كذا في حفر الحفيرة اذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للآخذ و كذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للمآء فهو لصاحبه و إلا فالمآء للآخذ اه و في البحر ص٢٩٧ ج٦ و في المنتقى: رجل نصب حباله فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها و انفلت فجاء آخر و أخذ الصيد فالصيد للآخذ و لو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنى منه بحيث يقدر على أخذه فاضطرب و انفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحبالة و الفرق أن فيهما صاحب الحبالة و إن صار آخذاً له إلا انه في الأول بطل الأخذ قبل تأكده و في الثاني بطل بعد تأكده و كذا صيد البازي و الكلب إذا انفلت فهو على هذا التفصيل و في الأصل: إذ ارمى صيداً فصرعه فاشتد رجل و أخذه فهو لمن رماه لأنه لما رماه صار آخذاً له فصار ملكاً و لو رمى صيداً فأصابه و أثخنه بحيث لا يستطيع براحاً فرماه آخر فقتله فالصيد للأول و إن كان يتحامل و يطير مع ما أصابه من السهم الأول فرماه الثاني فقتله فهو للثاني و في الأصل أيضاً: لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله في أرض رجل أو داره كان لصاحب الكلب لأن الكلب إنما يرسل للأخذ فيعتبر بما لو أخذه بيده و كذا لو اشتد على صيد حتى أخرجه فأدخله دار إنسان فهو له لأنه أخرجه و اضطره فقد أخذه و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: رجل اصطاد طائراً في دار رجل فإن اتفقا على أنه على أصل الإباحة فهو للصائد و سواء كان اصطاده من الهواء أو على الشجر لأن الصيد إنما يملك بالاستيلاء و الإحرازو حصوله على حائط رجل أو شجرة ليس بإحراز فيكون للآخذ و إن اختلفا فقال رب الدار كنت اصطدته قبلك أو ورثته و أنكر الصائد فإن كان أخذه من الهواء فهو له لأنه لا يد لصاحب الدار على الهواء و إن أخذه من حائطه أو شجره فالقول لصاحب الدار لأخذه من محل هو في يده فإن اختلفا في أخذه من الهواء أو من الدار أو الشجرة فالقول لصاحب الدار لأن الظاهر أن ما في دار الإنسان يكون له اه.

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد و الصرف هو النقل و الرد لغة

(كتاب (١) الصرف)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصرف وجه تأخير كتاب الصرف عن بيان أنواع البيوع ذكر في أول باب السلم و لان الصرف بيع الأثمان و الثمن في البياعات يجري مجرى الوصف و المبيع يجرى مجرى الاصل لتوقف جواز البيع على وجود المبيع دون الثمن و الوصف تابع للأصل (قال) أي القدوري (الصرف هو البيع) و في المبسوط (٢) الصرف اسم لنوع بيع و هو مبادلة الأثمان بعضها ببعض أشار إليه المصنف بقوله (إذا كان كل واحد من عوضيه) أي من عوضي البيع (من جنس الأثمان) (٣) إنما قال من جنس الأثمان و لم يقل من الأثمان لان عقد الصرف يشمل التبر و الحلي و المضروب و المخلوط و قال الامام الاسبيجابي رحمه الله تعالى الصرف اسم لعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب و الفضة بالفضة و أحدهما بالآخر فلما اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثة وجود التقابض من الجانبين جميعاً قبل التفرق بالابدان و عدم اشتراط الخيار فيه و لو أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر و لايكون فيه تأجيل فإن أبطل صاحب الأجل الأجل قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا (سمي به) أي سمي هذا العقد بالصرف (للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد) أي لحاجة المتصارفين إلى نقل الثمن من يد أحدهما إلى يد الآخر (و الصرف هو النقل و الرد لغة) أى من حيث اللغة

(١) كتاب الصرف قال في الدرر عنونه الاكثرون بالكتاب و هو لا يناسب لكون الصرف من أنواع البيع كالربا و السلم فالأحسن العنوان بالباب كما في الشامية ص٢٦١ ج٤. (٢) المبسوط للسرخسي ص٢ ج١٤. (٣) الأثمان قال العلام ابن الهمام في فتح القدير ص٢٥٩ ج٦. و اعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال و هى الدراهم و الدنانير صحبها حرف الباء أو لا و سواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره و إلى ما هو مبيع على كل حال و هو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب و الحيوان و الى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه و هو المكيل و الموزون فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة و ان لم تعين فان صحبها حرف الباء و قابلها مبيع فهى ثمن و ان لم يصحبها حرف الباء و لم يقابلها ثمن فهي مبيعة و هذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة دينا عند المقابلة قال الفراء فى قوله تعالي و شروه بثمن بخس الثمن ما يثبت فى الذمة دينا عند المقابلة و النقود لا تستحق بالعقد إلا دينا خلافا للأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى فعندهم يتعين الذهب و الفضة اذا عينت حتى لو هلكت الدراهم المعينة فى البيع قبل القبض بطل البيع و لا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره فى نفسه و ينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية و هو فى الأصل سلعة فان كانت رائجة فهى ثمن لا تتعين بالتعيين و ان كانت كاسدة فهى سلعة كالفلوس.

أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه و الصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل و منه سميت العبادة النافلة صرفاً قال فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل و إن اختلفت في الجودة و الصياغة

و ذكر في كتاب العين للخليل الصرف (١) فضل الدرهم على الدرهم في القيمة و قال ابن دريد في الجمهرة قال بعض أهل اللغة الصرف الفريضة و العدل النافلة و قال قوم الصرف الوزن و العدل الكيل (أو لأنه) أي لأن الصرف عقد (لا يطلب منه إلا الزيادة) لأنه عقد يرد على مال لا يطلب منه ذاته بل يطلب منه الفضل (إذ لا ينتفع بعينه) أي بعين ما يكون ثمناً خلقة فإن غير الدراهم و الدنانير ينتفع بعينه كاللحم و الثوب و غيرهما من الأشياء غير النقدين فيجوز أن تكون الفائدة و المقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة أما في بيع الصرف لو لم يكن المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة (و الصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل) فكانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيعهما فلهذا اختص هذا البيع بلفظ الصرف و عن هذا قيل لمن يعرف هذا الفضل و الزيادة صراف و صيرفي (و منه) أي و من القول بأن الصرف لغة الزيادة (سميت العبادة النافلة صرفاً) لأنها زائدة على الفرائض و قال الاترازي و أما قوله سميت العبادة النافلة صرفاً ففيه نظر لأن الزمخشري أورد في فائقه في حديث النبي ﷺ في ذكر المدينة من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة لا يقبل منه صرف و لا عدل فقال الصرف التوبة لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور و العدل الفدية من المعادلة انتهى قلت لا وجه في هذا النظر أصلاً لأن الصرف ورد لمعاني كثيرة و قد ذكرناه الآن (قال) أي القدوري (فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل و إن اختلفت) أي العوضان (في الجودة و الصياغة) أما في الجودة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر في ذاته و أما في الصياغة بأن يكون أحدهما أحسن صياغة من الآخر

(١) الصرف الخ و في لسان العرب مادة صرف ص ١٩٠ ج٩ الصرف: فضل الدرهم على الدرهم و الدينار على الدينار لأن كل واحد منهما يصرف عن قيمة صاحبه و الصرف: بيع الذهب بالفضة و هو من ذلك لأنه ينصرف به عن جوهر الى جوهر و التصريف في جميع البياعات: انفاق الدراهم و الصراف و الصيرف (بفتح الصاد و سكون الياء و فتح الراء) و الصيرفي: النقاد من المصارفة و هو من التصرف و الجمع صيارف و صيارفة (بفتح الصاد و كسر الراء) و الهاء للنسبة و الصرف: التقلب و الحيلة و قولهم: لا يقبل له صرف و لا عدل، الصرف: الحيلة و العدل: الفداء و منه قوله تعالى: و ان تعدل كل عدل و قيل: الصرف التطوع و العدل الفرض و قيل: الصرف التوبة و العدل الفدية و قيل: الصرف الوزن و العدل الكيل و قيل: الصرف القيمة و العدل المثل و قال ابن الأعرابي: الصرف الميل و العدل الاستقامة و قال ثعلب: الصرف ما يتصرف به و العدل الميل اه ملخصا.

لقوله عليه الصلاة و السلام الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد و الفضل ربا... الحديث و قال عليه الصلاة و السلام جيدها ورديئها سواء و قد ذكرناه في البيوع قال و لا بد من قبض العوضين قبل الإفتراق لما روينا و لقول عمر رضى الله تعالى عنه و إن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره

(لقوله عليه الصلاة و السلام)أي لقول النبى ﷺ (الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيد و الفضل ربا) هذا الحديث قد تقدم فى باب الربا (الحديث) بالنصب أي إقرأ هذا الحديث بتمامه و يجوز بالرفع أي روي هذا الحديث بتمامه و قد تقدم تمامه هناك (و قال عليه الصلاة و السلام جيدها و رديئها سواء) أي قال النبى ﷺ جيد الأموال الربوية و رديئها سواء في حرمة الزيادة و هذا الحديث غريب و معناه يؤخذ من إطلاق حديث (١) أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه المتقدم و هو ما رواه مسلمّ عنه قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب و الفضة بالفضة و البر بالبر و الشعير بالشعير و التمر بالتمر و الملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ و المعطى فيه سواء و في حديث (٢) عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه الذهب بالذهب إلى قوله سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد (و قد ذكرناه) أي الحديث المذكور (في البيوع) أي في كتاب البيوع (قال) أي القدوريّ (و لا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) يعني قبل الافتراق بالأبدان بإجماع العلماء (لما روينا) و هو قوله يداً بيد (و لقول عمر رضى الله تعالى عنه و إن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظر) هذا رواه (٣) محمد بن الحسن في أوائل كتاب الصرف و قال أخبرنا مالك اخبرنا عبدالله بن دينار عن عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل و لا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل و لا تبيعوا الذهب بالورق احدهما غائب و الآخر ناجز و ان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظر انى أخاف عليكم الربا انتهى و قوله استنظرك يخاطب به أحد عاقدي الصرف يعني ان سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله و قال القدوريّ في شرحه لمختصر الكرخيّ و عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهأنه قال ان وثب من سطح

---

(١)حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه الخ. تقدم تخريجه فى هامش البناية باب الربا ص٣٨٩ ج١٠

(٢)حديث عبادة رضى الله تعالى عنه الخ تقدم تخريجه فى هامش البناية ص٣٨٩ ج١٠. (٣)رواه محمد رحمه الله تعالى فى المؤطا فى أوائل كتاب الصرف ص ٣٥١ و روى عبد الرزاق فى البيوع باب الصرف ص١١٦ ج٨ عن معمر عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال قال عمر رضى الله تعالى عنه نحوه.

و لأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا و لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما و لا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا

فثب معه و هذا الذى ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل الافتراق و في فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم (١) لا بالتخلية (٢) و هذا القبض (٣) شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده صحيحاً يدل عليه قوله فإن افترقا بطل العقد و الشيء إنما يبطل بعد وجوده (و لأنه) أي و لأن الشأن (لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالئ بالكالئ) اى النسيئة بالنسيئة و نهى النبى ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ رواه (٣) ابن أبي شيبة و إسحاق بن راهويه و البزار في مسانيدهم من حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال نهى النبى ﷺ أن يباع كالئ بكالئ يعنى ديناً بدين (ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق) بالنصب (٥) لأنه جواب النفي و هو قوله لا بد و المعنى كيلا يتحقق (الربا) إذ في عدم قبض الآخر شبهة بيع النقد بالنسيئة فيتحقق شبهة الربا و قد نهى النبي ﷺ عن ذلك (و لأن أحدهما) دليل آخر أي لأن أحد العوضين (ليس بأولى) بالقبض (من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ) و التبر (أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما و لا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا) و هو قوله عليه الصلاة و السلام

---

(١) بالبراجم و فى الصحاح للجوهرى ص ١٨٧٠ ج٥ البرجمة بالضم: واحدة البراجم و هى مفاصل الأصابع التي بين الاشاجع و الرواجب و هى رؤوس السلاميات من ظهر الكف اذا قبض القابض كفه نشزت و ارتفعت اه و فى لسان العرب ص ٤٦ ج١٢ ابن سيده: البرجمة المفصل الظاهر من المفاصل و قيل: الباطن و قيل: البراجم مفاصل الأصابع كلها و قيل هى ظهور القصب من الأصابع اه و فى المغرب ص ٧١ ج١ قولهم: الأخذ بالبراجم عبارة عن القبض باليد و فيه نظر. (٢) لا بالتخلية أشار إلى أن التقييد بالبراجم للاحتراز عن التخلية و اشتراط القبض بالفعل لا خصوص البراجم حتى لو وضعه له فى كفه أو فى جيبه صار قابضا كذا فى رد المحتار ص ٢٦١ ج٤. (٣) هذا القبض الخ و فى البحر ص ٣٢٤ ج٦ ثم اختلفوا فى القبض فقيل شرط انعقاده صحيحا فأورد عليه أنه حينئذ لا بد من القران أو التقدم و القبض متأخر فكان حكما له لا شرطا و أجيب بأن الوجود فى المجلس جعل مقارنا للعقد حكما و الصحيح المختار أنه شرط بقائه على الصحة لا شرط انعقاده كما فى الذخيرة و ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا ظهر الفساد فيما هو صرف فهل يفسد فيما ليس بصرف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى فعلى القول الضعيف يتعدى الفساد و على الأصح لا يتعدى كذا فى فتح القدير (٤) رواه ابن أبى شيبة الخ كذا فى نصب الراية ص ٤٠ ج٤. (٥) بالنصب الخ كذا فى العناية و فى السعدية و الأظهر أن يكون معطوف على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المعنى.

و لأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا و المراد منه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و إن وثب من سطح فثب معه

الذهب بالذهب مثلا بمثل و هو يتناول المضروب و غيره (و لأنه) أي و لأن بيع المصوغ بالمصوغ (إن كان يتعين) يعني بالتعيين (ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة) أي لكونه خلق ثمناً فإذا كان كذلك (فيشترط قبضه) أي قبض المصوغ (اعتباراً للشبهة في الربا) حاصل هذا أن قوله و لأنه إن كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالئ بكالئ و بيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين فأجاب بقوله و لأنه إلى آخره و قال (١) الاكمل رحمه الله تعالى فإن قيل فعلى هذا التقرير أي الذي ذكره المصنفّ يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لأن في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة و هو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمناً شبهة عدم التعيين و تلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى و الشبهة هي المعتبر دون النازل عنها أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يداً بيد لا بالشبهة لأن الحكم في موضع النص مضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (قال) أي القدوريّ (و المراد منه)أي من قوله قبل الافتراق (الافتراق بالأبدان) دون المكان (حتى لو ذهبا عن المجلس) أي المتعاقدان بالصرف حال كونهما (يمشيان معاً في جهة واحدة) قيد بهما لأنهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالأبدان (أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول (٢) ابن عمر رضى الله تعالى عنهما) أي لقول عبدالله بن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهما (و إن وثب من سطح فثب (٣) معه) و قد مر الكلام في قول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما هذا عن قريب قوله فثب بكسر الثاء

---

(١)قال الاكملّ فى العناية ص ٢٦١ ج٦. (٢)لقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما الخ قال المحقق الفهام ابن الهمامّ فى فتح القدير ص٢٦٢ ج٦ حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما هذا غريب جدا من كتب الحديث و ذكره فى المبسوط فقال و عن أبى جبلة قال سألت عبدالله بن عمر رضى الله تعالى عنهما فقلت انا نقدم أرض الشام و معنا الورق الثقال النافقة و عندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة و نصف فقال لا تفعل و لكن بع ورقك بذهب و اشتر ورقهم بالذهب و لا تفارقه حتى تستوفى و ان وثب عن سطح فثب معه. (٣)فثب معه و ليس المراد منه الاطلاق فى الوثبة المهلكة بل هو مبالغة فى ترك الافتراق بالأبدان قبل القبض كذا فى الكفاية ص٢٦١ ج٦.

و كذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض و إن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة و وجب التقابض لقوله عليه الصلاة و السلام الذهب بالورق ربا إلا هاء و هاء فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط و هو القبض و لهذا لا يصح شرط الخيار فيه

المثلثة و سكون الباء أمر من وثب يثب و أصل يثب يوثب فحذفت الواو لوقوعها بين الياء و الكسرة و الأمر منه يجيء اثب على وزن أعل لأن المحذوف منه فاء الفعل (و كذا المعتبر ما ذكرناه) أي و كذا الذي يعتبر ما ذكرناه و هو الافتراق بالأبدان (في قبض رأس مال السلم) أراد أن قبض رأس المال قبل الافتراق بالأبدان في السلم شرط (بخلاف خيار المخيرة) هذا يرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معاً و خيار المخيرة يبطل (لأنه) أي لأن خيارها (يبطل بالاعراض) لأن اشتغالها بالمشي و إن كان مع زوجها دليل الإعراض عما جعل إليها فيبطل خيارها و إن لم تفارق الزوج كذا قال القدوريّ في شرحه و عن محمد رحمه الله تعالى في رواية أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال يبطل بما هو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس كذا في الذخيرة (و إن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة و وجب التقابض لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (الذهب بالورق ربا إلا هاء و هاء) هذا الحديث رواه (١) الأئمة الستة في كتبهم عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ الذهب بالورق ربا إلا هاء و هاء الورق بكسر الراء الفضة قوله ربا أي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازاً و ذلك لأن الربا يستلزم الحرام قوله هاء و هاء مقصوران و ممدودان و معنى هاء خذ و منه قوله تعالى ﴿هاؤم اقرأوا كتابيه﴾ و قال الكاكيّ و في بعض الروايات إلا يداً بيد هاء و هاء و هو تاكيد لقوله يداً بيد كأنه قال إلا يداً مع التقابض كذا في المغرب (٢) قلت و لم أقف على هذه الرواية في كتب الحديث (فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين) هذا متعلق بقوله و لا بد من قبض العوضين لبقاء العقد (أو أحدهما) أي أو أحد المتعاقدين (بطل العقد لفوات الشرط و هو القبض و لهذا) أي و لأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار فيه) أي في الصرف قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب و خيار الرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين و قد مر ذلك في أول كتاب الصرف

(١) رواه الأئمة الستة رحمهم الله تعالى الخ. قد مر تخريجه في هامش البناية باب الربا ص٣٨٨ ج١٠.
(٢) المغرب مادة هاء ص٣٧٦ ج٢.

و لا الأجل لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقاً و بالثاني يفوت القبض المستحق إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره و فيه خلاف زفرؒ قال و لَا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم و لم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى و في تجويزه فواته و كان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفرؒ لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها و لكنا نقول الثمنَ في باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه و لا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم

(و لا الأجل) أي و لا يصح الأجل فيه أيضاً (لأن بأحدهما) و هو شرط الخيار (لا يبقى القبض مستحقاً) لأن الخيار يمنع الملك (و بالثاني) أي الأجل (يفوت القبض المستحق) بالعقد (إلا إذا أسقط الخيار في المجلس) يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك (فيعود إلى الجواز) أي جواز العقد (لارتفاعه قبل تقرره و فيه خلاف زفرؒ) أي لارتفاع سبب الفساد قبل تقرره و هذا عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله تعالى بالاستحسان و القياس أن لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد و هو قول زفرؒ (قال و لا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) هذا لفظ القدوريؒ قال الأترازيؒ إعلم أن أحد المتعاقدين في الصرف إذا أبرأ صاحبه مما عليه قبل القبض أو وهبه أو تصدق به عليه هو قبل الآخر بطل الدين و انتقض الصرف و لو لم يقبل من عليه لم يبطل (حتى لو باع ديناراً) إيضاح لما قبله يعني لو باع شخص ديناراً لرجل آخر (بعشرة دراهم و لم يقبض العشرة حتى لو اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض مستحق) أي واجب (بالعقد حقاً لله تعالى) حتى لا يسقط بإسقاط المتعاقدين (و في تجويزه) أي و في تجويز بيع الثوب (فواته) أي فوات حق الله عز و جل فإن قيل في عدم تجويزه فوات حق العبد و حق العبد مقدم على حقه تعالى قلنا إنما يكون حق العبد مقدماً بعد ما ثبت حقه و هاهنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدماً (و كان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفرؒ لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها) أي مطلق الدراهم إذ الإطلاق و الإضافة إلى بدل العقد الصرف سواء و إنما قال عن زفرؒ لأن الظاهر من مذهبه كمذهب أصحابنا الثلاثةؒ (و لكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه) أي من المبيع (و لا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم (١)

(١) لعدم الأولوية قيل لا نسلم عدم الأولوية فان ما دخله الباء أولى بالثمنية و أجيب بأن ذلك في الأثمان الجعلية كالمكيلات و الموزونات التي هي غير الدراهم و الدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في الأثمان الخلقية كذا =>

الأولوية و بيع المبيع قبل القبض لا يجوز و ليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه و يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لأن المساواة غير مشروطة فيه و لكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال و من باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة و في عنقها طوق فضة

الأولوية) يعني أن عقد الصرف بيع لأنه مبادلة مال بمال و لهذا لو حلف لا يبيع فصارف يحنث في يمينه و البيع ما يشتمل على مبيع و ثمن و ليس كل واحد من بدلي الصرف أولى من الآخر فيجعل كل واحد منهما ثمناً من وجه مبيعاً من وجه ضرورة إنعقاد البيع (و بيع المبيع قبل القبض لا يجوز) كما قلنا في المقايضة (و ليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه) هذا جواب (١) عن سؤال مقدر تقديره بأن يقال لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعاً لكان متعيناً فأجاب عنه منع الملازمة كما في المسلم فيه لأنه مبيع واجب في الذمة و ليس بمتعين (و يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى و اعلم أن بيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن أو كان أحدهما أكثر من الآخر لأن المساواة ليست بمشروطة عند اختلاف الجنسين لما روي من حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد فلما لم تكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة حراماً لأن حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل و هو معنى قوله (لأن المساواة غير مشروطة فيه) أي في بيع الذهب بالفضة (و لكن يشترط القبض في المجلس) أي يشترط التقابض قبل الافتراق بالأبدان لهذا الحديث و هو معنى قوله (لما ذكرنا) أي الحديث الذي ذكره فيما مضى و في البيوع أيضاً (بخلاف بيعه) أي بيع الذهب (بجنسه) أي بالذهب (مجازفة لما فيه) أي في هذا البيع (من احتمال الربا) حاصل المسالة أن بيع الذهب أو الفضة بالجنس لا يجوز إذا لم يعرف العاقدان وزن واحد منهما أو كانا يعرفان وزن واحد منهما و لا يعرفان وزن الآخر أو كان أحدهما يعرف الوزن دون الآخر و قال زفر رحمه الله تعالى إذا عرف التساوى بالوزن جاز سواء عرف في المجلس أو بعد التفرق و عندنا إذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز و إن وزنا بعد التفرق فوجدا سواء فسد (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة و في عنقها طوق فضة

=> في العناية ص ٢٦٤ ج٦. و في السعدية على العناية: (قوله اذا كانت دينا) أقول و قابلها مبيع. (١)هذا جواب الخ نحوه فى العناية و الكفاية.

قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة و نقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف و الظاهر منه الاتيان بالواجب و كذا لو اشتراهما بألفي مثقال ألف نسيئة و ألف نقد فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية و المباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما و كذلك لو باع سيفاً محلى بمائة درهم و حليته خمسون و دفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة و إن لم يبين ذلك لما بينا و كذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما

قيمتة (١) ألف مثقال بألفي مثقال فضة و نقدمن الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس) لكونه حقاً للشرع (لكونه بدل الصرف و الظاهر منه) أي من المسلم (الاتيان بالواجب) تفريغاً للذمة و هذا كما إذا ترك سجدة صلاتية و سهى أيضاً ثم أتى بسجدتي السهو في آخر الصلاة و سلم فتصرف احداهما الى الصلاتية و ان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة و كذا لو طاف للصدر و لم يطف للزيارة يصرف طواف الصدر إلى طواف الزيارة ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة و الخروج عن العهدة بيقين (و كذا لو (٢) اشتراهما) أي الجارية و الطوق (بألفي مثقال ألف نسيئة و ألف نقد فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية) و الظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز و هو معنى قوله (و المباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما) أي من العاقدين (و كذلك) أي الحكم (لو باع سيفاً محلى بمائة درهم و حليته خمسون و دفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة و إن لم يبين ذلك لما بينا) (٣) أن الظاهر منه الاتيان بالواجب (و كذلك) أي الحكم (إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما) أي من ثمن الجارية و من ثمن الطوق لأن أمور المسلمين محمولة

---

(١)قيمته ألف مثقال و في فتح القدير ص٢٦٦ ج٦ و لقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فانه عشرة أرطال بالمصرى و وضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب و كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الأصل انه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم اليه. (٢)لو اشتراهما الخ و في الكفاية ص٢٦٥ ج٦ و لو اشتراهما بألفي مثقال فضة نسيئة فسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أما الطوق فلفوات التقابض و أما في الأمة فلأن المفسد مقارن العقد و قد تقرر في الكل معنى من حيث أن قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي و عندهما لا يفسد في الأمة لأن الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما أما لو اشتراهما بألفي مثقال و لم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا بطل في الطوق دون الجارية بالاجماع لأن الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى إلى الأمة. (٣)لما بينا الخ كذا في العناية و في الكفاية قوله لما بينا اشارة الى قوله لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس.

لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى ﴿يخرج منهما اللؤلؤ و المرجان﴾و المراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها و كذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر و لهذا

على الصلاح مهما أمكن و قد أمكن هنا (لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد) مجازاً عند قيام الدليل هنا و قد قام الدليل لأن أداء ثمن الطوق واجب في المجلس و نظر المصنفؒ لذلك بقوله (قال الله تعالى ﴿يخرج (١) منهما اللؤلؤ و المرجان﴾) أي من البحرين العذب و الملح و المراد أحدهما إذ اللؤلؤ و المرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن العذب و الملح يلتقيان فيكون العذب كاللقاح للملح كما يقال الولد من الذكر و الانثى مع أن الولد تلده الانثى كذا في التيسير (و المراد أحدهما) أي أحد البحرين و هو البحر الملح (فيحمل) أي قوله خذ هذه الخمسين من ثمنهما(عليه) أي على أحدهما و هو الطوق (بظاهر حاله) أي حال المسلم أنه لا يباشر إلا على وجه الجواز (فإن لم يتقابضا حتى افترقا) بالأبدان (بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها) أي لأن العقد صرف في الحلية و قد فات شرطه (و كذا في السيف) أي و كذا بطل العقد في السيف أيضاً (إن كان لا يتخلص) أي الحلية (إلا بضرر لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر) كما لا يجب تسليم الجوهر على الغاصب إذا ركبه في حلية و لا يمكن تخليصه إلا بضرر فيلحق بالغصب فإن قيل ينبغي أن يجعل الحلية تبعاً للسيف قلنا إنما يجعل الشيء تبعاً لغيره إذا كان معينا للمعنى المقصود و هاهنا المقصود من الحلية غير المقصود من السيف فإن قيل إن البائع رضي بضرر التخليص حيث باعه مركباً مع علمه أن البيع يقتضي الرضى و لم يوجد من الغاصب رضى ضرر التخليص قلنا لا نسلم انه رضى به لأنه باع كليهما و ظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق الإنفراد فإن قيل فيه تفريق الصفقة فينبغي أن لا يجوز في الكل قلنا التفريق إنما يكون بعد العقد و العقد لم ينعقد في الحلية لفقد شرط الجواز فإن قيل ليس كذلك فإن العقد موجود فيهما بدليل قوله و بطل العقد قيل اختلف المشايخؒ فيه على أن التفريق إنما يكون ان لو كان هذا مضافاً إلى العاقد كما في النظائر و لم يوجد إذ المراد بالبطلان عدم الانعقاد (و لهذا) أي و لأجل عدم إمكان تسليمه إلا بضرر

---

(١)يخرج الآية، الرحمن: ٢٢. و قال تعالى يا معشر الجن و الانس ألم يأتكم رسل منكم (الانعام: ١٣٠) و إنما الرسل من الانس في مذهب أهل الحق و قال تعالى نسيا حوتهما (الكهف: ٦١) و انما نسيه فتى موسى و قال تعالى قد أجيبت دعوتكما (يونس: ٨٩) و المراد دعوة موسى إلا انه قد قيل ان هرون كان يؤمن على دعائه كذا في فتح القدير ص٢٦٦ ج٦.

لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف و إن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف و بطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق و الجارية و هذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال و من باع إناء فضة ثم افترقا و قد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض و صح فيما قبض و كان الإناء مشتركاً بينهما لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه و بطل فيما لم يوجد و الفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع

(لا يجوز إفراده) أي إفراد السيف (بالبيع كالجذع في السقف) أي كما لا يجوز إفراد بيع الجذع في السقف لعدم امكان تسليمه إلا بضرر ظاهر (و إن كان يتخلص السيف) أي في الحلية (بغير ضرر جاز البيع في السيف و بطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع كالطوق و الجارية) أي فصار حكمه حكم بيع الجارية التي في عنقها طوق فضة و قد مر بيانه (و هذا) أي جواز البيع في السيف و بطلانه في الحلية فيما (إذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه) أي في السيف أي من فضة الحلية التي فى السيف و هي الفضة المنضمة إلى السيف لأنه حينئذ تكون الفضة بالفضة و الباقي بمقابلة النصل و الجفن و الحمائل و لكن بطلانه فى الحلية لفوات شرط جواز العقد بقاء و هو التقابض قبل الافتراق (فإن كانت) أي الفضة المفردة (مثله) أي مثل ما في السيف (أو أقل منه) أي أقل ما في السيف من الفضة (أو لا يدري) أقل أو أكثر أو مثله (لا يجوز البيع للربا) لأنه في صورة العقل (أو لاحتماله) أي أو لاحتمال الربا على الصورة التي لا يدري (وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين) المساواة و النقصان (فترجحت) أي جهة الفساد و اعترض (١) بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا يصلح للترجيح و أجاب شمس الأئمة الكردري رحمه الله تعالى بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد و المصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة (قال) أي القدوري (و من باع إناء فضة ثم افترقا و قد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض و صح فيما قبض و كان الإناء مشتركاً بينهما لأنه) أي لأن هذا العقد (صرف كله فصح فيما وجد شرطه) اى شرط الصرف (و بطل) اى العقد (فيما لم يوجد) أي الشرط و هو التقابض (و الفساد طارئ) أي عارض لأن العقد انعقد صحيحاً ثم فسد لعدم القبض و هو معنى قوله (لأنه) أي لأن العقد (يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) أي الفساد

---

(١) اعترض الخ. كذا فى العناية ص٢٦٧ ج٦.

و لو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته و إن شاء رده لأن الشركة عيب في الإناء و من باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته و لا خيار له لأنه لا يضره التبعيض قال و من باع درهمين و ديناراً بدرهم و دينارين جاز البيع و جعل كل جنس منهما بخلافه و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز و على هذا الخلاف إذا باع كر شعير و كر حنطة بكرى حنطة و كرى شعير لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة و من قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين و التغيير لا يجوز و إن كان فيه تصحيح التصرف

كما إذا باع عبدين و مات أحدهما قبل القبض فإن البيع يبقى في الباقي و يبطل في الهالك و لا يثبت الخيار للمشتري بفعله و هو عدم النقد في بدل الصرف (و لو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته و إن شاء رده لأن الشركة عيب في الإناء) لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب لأنها تنقص بالتبعيض و الإناء ينقص بالتبعيض بخلاف ما مر لأن الشركة فيه وقعت بصنعه و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز و هو القياس و هو قول أحمد رحمه الله تعالى أيضاً (و من باع قطعة نقرة) (١) و هي قطعة فضة مذابة كذا في تهذيب الديوان قال الأترازي رحمه الله تعالى فعلى هذا تكون الإضافة في قوله قطعة نقرة من قبيل إضافة الجنس إلى النوع (ثم استحق (٢) بعضها أخذ ما بقي بحصته و لا خيار له لأنه لا يضره التبعيض) بخلاف الإناء فإذا لم يكن عيباً لم يثبت الخيار لأن الخيار لا يثبت بلا سبب (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و من باع درهمين و ديناراً بدرهم و دينارين جاز البيع و جعل كل جنس منهما بخلافه) تصحيحاً للعقد (و قال زفر و الشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز) و به قال أحمد رحمه الله تعالى (و على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا و بين الشافعي و زفر رحمهما الله تعالى (إذا باع كر حنطة و كر شعير بكري شعير و كري حنطة) يصح عندنا خلافاً للشافعي و زفر رحمهما الله تعالى (لهما) أي لزفر و الشافعي رحمهما الله تعالى (أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف البائع (لأنه قابل الجملة بالجملة و من قضيته) أي و من قضية التقابل (الانقسام على الشيوع لا على التعيين) و معنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر (و التغيير لا يجوز و إن كان فيه تصحيح التصرف) لأنه تصير المقابلة غير الأولى و يكون التصرف

---

(١)نقرة الخ و فى المغرب ص٣٢١ ج٢ النقرة: القطعة المذابة من الذهب أو الفضة و يقال نقرة فضة على الاضافة للبيان. (٢)ثم استحق الخ أطلقه و هو محمول على ما اذا كان بعد قبضها أما اذا استحق بعض النقرة قبل قبضها فان له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بخلاف ما بعد القبض لتمامها كذا فى البحر ص٣٣٠ ج٦.

كما إذا اشترى قلباً بعشرة و ثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز و إن أمكن صرف الربح إلى الثوب و كذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف و خمسمائة لا يجوز في المشتري بألف و إن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه و كذا إذا جمع بين عبده و عبد غيره و قال بعتك أحدهما لا يجوز و إن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده و كذا إذا باع درهما و ثوباً بدرهم و ثوب و افترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين و لا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا و لنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة

تصرفاً آخر و الواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره و قصده لا على خلاف ذلك و العاقدان قصدا المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس و هي إن شاء تصرف آخر و فسخ التصرف الأول (كما إذا اشترى قلباً) بضم القاف و سكون اللام و بالباء الموحدة و هو السوار ذكر هذه المسألة دليلاً على صحة وقوع المسألة المذكورة صورتها إذا اشترى قلباً (بعشرة) يعني سوارا وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم (و ثوباً بعشرة) أي ثوباً قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم (ثم باعهما مرابحة) يعني بعشرين درهماً (لا يجوز و إن أمكن صرف الربح إلى الثوب) خاصة تصحيحاً لتصرفه (و كذا) أي نظيرها (إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف و خمسمائة لا يجوز) أي العقد (في المشتري) بفتح الراء (بألف درهم لأنه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن و هذا لا يجوز عندكم أيضاً (و إن أمكن تصحيحه) أي تصحيح العقد (بصرف الألف إليه) أي إلى المشتري و الباقي إلى العبد الآخر (و كذا) أي نظيرها (إذا جمع بين عبده و عبد غيره و قال بعتك أحدهما لا يجوز و إن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده و كذا) أي نظيرها (إذا باع درهماً و ثوباً بدرهم و ثوب و افترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين و لا يصرف الدرهم إلى الثوب) و إن أمكن تصحيح التصرف بصرف الجنس إلى خلاف الجنس (لما ذكرنا) أشار به إلى قوله و من قضيته الإنقسام على الشيوع لا على التعيين و التغيير لا يجوز (و لنا أن المقابلة (١) المطلقة) يعني المقابلة التي ذكراها مطلقة (تحتمل مقابلة

(١) أن المقابلة المطلقة الخ. يعني أن العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع و لا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لأنها مقابلة مقيدة و اللفظ المطلق غير متعرض لواحد منهما و لكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد و سائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الاطلاق و ذلك لأن الذات لا تخلو عن وصف من الأوصاف كما عرف في الرقبة ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح و يصير الفرد مقابلا بالفرد و لولا الاحتمال لما صح التفسير به و لما كانت هذه المقابلة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد الخ كذا في الكفاية ص٢٦٨ ج٦.

الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس و انه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه و فيه تغيير وصفه لا أصله لأنه يبقى موجبه الأصلي و هو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل و صار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه و بين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل أما مسألة المرابحة لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب

الفرد بالفرد) قال تاج الشريعة يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين و الدينار بالدرهم (كما في مقابلة الجنس بالجنس) بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق ألا ترى أنه لو قبض كل واحد منهما ديناراً لجاز العقد و لو كان مقابلاً بالآخر يكون العقد فاسداً لأن المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض و غير المقبوض (و إنه) أي و إن مقابلة الفرد على تأويل التقابل (طريق متعين لتصحيحه) أي لتصحيح العقد بأن يكون الواحد بالواحد و الاثنان بالاثنين فيلزم منه صرف شيء إلى خلاف جنسه فيصح العقد (فتحمل عليه) أي تحمل المقابلة المطلقة على مقابلة الفرد بالفرد على تأويل التقابل (تصحيحاً لتصرفه) إذ تصحيح كلام العاقد تقتضيه ديانته و عقله واجب ما أمكن (و فيه) أي فيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد (تغيير وصفه) أي وصف العقد و هو بطلان صفة الشيوع (لا أصله) أي لا تغيير أصل العقد كما قاله الخصم لأن تغيير أصل العقد الصحيح يوجب الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام على طريق الشيوع كما قاله الخصم يفسد العقد و لا يثبت الكل قبل القبض فيلزم تغيير أصل العقد لرعاية وصف العقد فكان ما قلنا أهون التغييرين فكان أولى (لأنه) أي لأن تغيير الوصف لا الأصل (يبقى موجبه الأصلي) و يبقى من الإبقاء و موجبه منصوب به و الأصلي بالنصب صفته (و هو) أي الموجب الأصلي (ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل) الكل الأول هو الدرهمان و الدينار و الكل الثاني هو الدرهم و الديناران (و صار هذا) أي صار حكم هذا (كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه و بين غيره ينصرف) أي بيعه (إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه) أراد أن العقد يصرف إلى نصف البائع لا إلى النصف الشائع بين النصيبين (بخلاف ما عد من المسائل) هذا شروع في الجواب عن المسائل المستشهد بها (أما مسألة المرابحة) جواب عن المسألة الأولى أراد أن مسألة المرابحة ليست كذلك (لأنه) أي لأن عقد المرابحة (يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب) فإن الربح لو صرف إلى الثوب خاصة كان بائعاً للقلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم و

و الطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الالف إلى المشتري و في الثالثة أضيف البيع إلى المنكر و هو ليس بمحل للبيع و المعين ضده و في الاخيرة انعقد العقد صحيحاً و الفساد في حالة البقاء و كلامنا في الإبتداء قال و من با ع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم و دينار جاز البيع و يكون العشرة بمثلها و الدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار و هما جنسان و لا يعتبر التساوي فيهما

هو تولية في القلب و التولية ضد المرابحة و الشيء لا يتناول ضده (و الطريق) أي طريق التصحيح (في المسألة الثانية غير متعين) لأنه متعدد فيبقى الثمن مجهولاً فيسفد العقد (لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري) و هذا لأنا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة و نحو ذلك إلى العبد الآخر لا يلزم شراء ما با ع بأقل مما با ع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فإن طريق التصحيح متعين و هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس (و في الثالثة) أي و في المسألة الثالثة (أضيف البيع إلى المنكر) و هو قوله و كذا إذا اشترى عبداً (و هو) أي المنكر (ليس بمحل للبيع) لجهالته (و المعين ضده) أي المنكر و الشيء لا يتناول ضده و يشكل عليه مسألة عبدي أو حماري حر فإن عند أبى رحمه الله تعالى يعتق العبد لجعل استعارة المنكر للمعرف (١) (و في الأخيرة) أي في المسألة الأخيرة و هي ما إذا با ع درهما أو ثوباً بدرهم و ثوب و افترقا من غير قبض (انعقد العقد صحيحاً) سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافه (و الفساد في حالة البقاء) يعني الفساد وقع في حالة البقاء بالإفتراق من غير قبض (و كلامنا في الابتداء) يعني الذى نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون (٢) صرف الجنس إلى خلاف الجنس فافترقا (قال) أي القدروي رحمه الله تعالى (و من با ع أحد عشر درهما بعشرة دراهم و دينار جاز البيع و يكون العشرة بمثلها و الدينار بدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا) من الحديث المشهور (فالظاهر أنه أراد به) أي بالبيع (ذلك) أي التماثل (فبقي الدهم بالدينار و هما جنسان و لا يعتبر التساوي فيهما) لاختلاف الجنسين و إنما جوزنا على هذا الوجه حملاً لأمور المسلمين

---

(١)للمعرف و فى فتح القدير ص ٢٧٠ ج٦ و اعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة ان لحظ له جواب فذاك و إلا لا يضرك النقض فى اثبات المطلوب اذ غايته أنه خطأ في محل آخر اذا اعترف بخطئه في محل النقض و ذلك لا يوجب خطأه في محل النزا ع. (٢)بدون صرف الجنس الخ فان قيل فيلصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما يصرف لينعقد صحيحا و المقتضى واحد فيهما و هو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طروه متحققا و لا مظنونا فيجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم لأن الظاهر أنهما يتقابضان بعد ما عقدا =>

و لو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب و أحدهما أقل و مع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية و إن لم تبلغ فمع الكراهة و إن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا و من كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم

على الصلاح و لأن كل عين جاز بيعها بجنسها جاز بغير جنسها كالثياب (و لو تبايعا فضة بفضة) ذكر هذه المسألة تفريعاً و ليست مذكورة في الجامع الصغير و لا في القدوري (أو ذهباً بذهب و أحدهما أقل و مع أقلهما شيء آخر) أي و الحال أن مع أقل الوزنين منهما شيء آخر من خلاف جنسه (يبلغ قيمته) أى قيمة ذلك الشيء (باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية و ان لم تبلغ فمع الكراهية) اى يجوز مع الكراهية و ذكر هذه المسئلة فى الايضاح على الخلاف فقال روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه إذا باع الدراهم بالدراهم و في أحدهما فضل من حيث الوزن و في الجانب الذي لا فضل فيه فلوس قال هو جائز في الحكم و لكني (١) أكرهه حتى روي عن محمد رحمه الله تعالى أنه قيل له كيف تجد ذلك في قلبك قال مثل الجبل و قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا بأس به لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الجنس بالجنس و الزيادة بإزاء الفلوس (و إن لم يكن له قيمة) أي و إن لم يكن للشيء الآخر قيمة (كالتراب) و نحوه (لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا و من كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم

=> قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار كذا فى فتح القير ص ٢٧١ ج٦ (١)لكنى اكرهه و فى الايضاح و انما كره محمد رحمه الله تعالى ذلك لأنه اذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل و استعملوه فيما لا يجوز و هكذا ذكر فى المحيط أيضا و قيل انما كرهه لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الربا كبيع العينة فانه مكروه لهذا و أورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين و الدينار بدرهم و دينارين و هى المسئلة الخلافية مكروها و لم يذكره أجيب بأنه انما لم يذكر الكراهة هناك لأنه وضع المسئلة فيما اذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم و قيمة الدينار تبلغ الدرهم و تزيد و حينئذ لا كراهة و لا يخفى أن العقد واحد و كما أن قيمة الدينار تبلغ و تزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار و لا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الآخر و الذي يقتضيه النظر أن يكون مكروها اذ لا فرق بينه و بين المسئلة المذكورة فى جهة الكراهة و غاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة فيه ثم ذكر أصلا كليا يفيده و ينبغى أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى أيضا على اكراهة كما هو ظاهر اطلاق كلام المصنف رحمه الله تعالى من غير ذكر خلاف (فرع) اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لأنه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر و ان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة مجازفة و لهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لأن البدلين هما الفضة لا التراب و لو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر أن لا شيء في التراب لا يجوز و كل ما جاز فمشتري التراب بالخيار اذا رأى لأنه اشترى ما لم يره كذا فى فتح القدير ص ٢٧١ ج٦.

و دفع الدينار و تقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز و معنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة و وجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا و الدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول و الإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببدل الصرف و في الإضافة إلى الدين تقع (١) المقاصة بنفس العقد

و دفع الدينار و تقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير و هذه المسألة على وجهين إما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه أو باعه بعشرة مطلقة و قبض الدينار و جعل ثمن الدينار قصاصاً بالعشرة فالأول جائز بلا خلاف و الثاني جائز استحساناً و القياس أن لا يجوز و هو قول زفر و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى (و معنى المسألة) هذا من كلام المصنف رحمه الله تعالى أي معنى المسألة المذكورة (إذا باع بعشرة مطلقة) يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف و في المطلقة يجوز عندنا استحساناً و عند زفر رحمه الله تعالى لا يجوز قياساً وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضاً أو ديناراً أشار إلى وجه الاستحسان بقوله (و وجهه) أي وجه الجواز الذي هو استحسان (أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض) لأن العقد لما أطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله و لا بد من قبض العوضين قبل الإفتراق (و الدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس البيع) لأن الدين لا يصلح وفاء لذلك فلم يكن قصاصاً (لعدم المجانسة) بين العين و الدين (فإذا تقاصا) يعني بالتراضي جاز ذلك عندنا لأنه (يتضمن ذلك فسخ الأول) أي الصرف الأول و هو الصرف المطلق و هو بيع الدينار بعشرة مطلقة (و الإضافة) أي و يتضمن ذلك أيضاً إضافة العقد (إلى الدين) و هو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين فصار كأنه قال بعت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي و قبل الآخر يعني عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا الأول ثم جددا العقد مضافاً إلى ذلك الدين لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة و لا طريق له سوى هذا و لهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة ههنا و إن كان في سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي (إذ لولا ذلك) يعني لولا تحويل العقد إلى صرف آخر و هو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين (يكون استبدالاً ببدل الصرف) قبل القبض و هو لا يجوز (و في الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد) هذا في الحقيقة جواب عن سؤال

(١) تقع –ن– يقع.

على ما نبينه و الفسخ قد يثبت بطريق الإقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف و خمسمائة و زفر رحمه الله تعالى يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء و هذا إذا كان الدين سابقاً فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين

مقدر و هو أن يقال المقاصة إنما تصح إذا كان وجوب بدل الصرف قائماً فإذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة لأن الفائت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي فإذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي و هو المقاصة لأنه يقتضي قيام العشرة الثابتة بالعقد و قد فات بالفسخ و تحرير الجواب أن يقال بإضافة العقد إبتداء إلى الدين أي العشرة التي عليه تقع المقاصة بنفس العقد و إنما تبطل المقاصة عند فسخ الأول إذا لم يتجدد عقد جديد و ههنا تجدد العقد فصح المقاصة به فإن (١) قيل لو فسخ الصرف ضمناً ينبغي أن يشترط القبض لأن الإقالة بيع حق الثالث قلنا صارت الإقالة هاهنا في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الإقالة بل يثبت حكم البيع إذا كانت الإقالة قصداً (على ما نبينه إن شاء الله تعالى) إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز أي الإضافة إلى الدين كاف للجواز لأنه دين يسقط لا خطر فيه (و الفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء) هذا جواب أيضاً عما يقال إن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لاقالة الصرف حكم الصرف و تقرير الجواب أن الفسخ ضمني يثبت في ضمن المقاصة بطريق الاقتضاء فجاز أن لا يثبت لمثل هذا الفسخ حكم البيع (كما إذا تبايعا بألف) يعني عقدا بألف درهم (ثم بألف و خمسمائة) أي ثم تبايعا بألف و خمسمائة درهم فإن العقد الأول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني (و زفر رحمه الله تعالى يخالفنا فيه) أي فيما ذكرنا من الحكم المذكور (لأنه) أي لأن زفر رحمه الله تعالى (لا يقول بالإقتضاء) و خالفنا فيه كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم فإن قيل يشكل عليه التسري فإن الملك يثبت عنده فيه بطريق الإقتضاء قلنا لا نسلم إنه يثبت بطريق الإقتضاء بل يثبت بطريق الدلالة (و هذا) أي ما ذكرنا من التقاصص و الفسخ و الإضافة إلى الدين (إذا كان الدين سابقاً) أي على العقد (فإن كان) أي الدين (لاحقاً) بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم و قبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا (فكذلك) يقع (٢) المقاصة (في أصح الروايتين) و هي

(١)فان قيل الخ. نحوه في الكفاية ص٢٧٢ ج٦. (٢)يقع المقاصة الخ قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا و لا يحتاج إلى التراضى لأنه قد وجد منه القبض كذا في فتح القدير ص٢٧٤ ج٦.

لتضمنه انفساخ الأول و الإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال و يجوز بيع درهم صحيح و درهمين غلتين بدرهمين صحيحين و درهم غلة و الغلة ما يرده بيت المال و يأخذه التجار و وجهه

رواية أبي سليمانؒ و هي التي اختارها فخر الإسلام و المصنف رحمهما الله تعالى و في رواية أبي حفصؒ لا تقع المقاصة و هي التي اختارها شمس الأئمة و قاضي خان رحمهما الله تعالى لأن الدين لاحق و النبي ﷺ جوز المقاصة في دين سابق بحديث (١) ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و هو ما روي أنه قال لرسول الله ﷺ أني أكري ابلاً بالبقيع إلى مكة بالدراهم فآخذ مكانها دنانير أو قال بالعكس فقال ﷺ لا بأس بذلك إذا افترقتما و ليس بينكما عمل و أشار المصنف رحمه الله تعالى إلى وجه الأصح بقوله (لتضمنه إنفساخ الأول) أي لتضمن التقاصص إنفساخ الصرف الأول و إنشاء صرف آخر لانهما لما تقاصا صار كأنهما جددا عقداً آخر جديداً فكان الدين سابقاً على المقاصة و هو معنى قوله (و الإضافة) أي إضافة عقد الصرف (الى دين قائم) أي ثابت (وقت تحويل العقد) فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصة (فكفى ذلك للجواز) أي الإضافة إلى الدين كاف للجواز لانه دين يسقط لا خطر فيه (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و يجوز بيع درهم صحيح و درهمين غلتين بدرهمين صحيحين و درهم غلة) بفتح الغين المعجمة و تشديد اللام قال في المغرب (٢) الغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسّوج أو حبة و نقله المطرزيؒ هكذا عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رسالته و في بعض الحواشي دراهم غلة أي منكسرة و في زاد الفقهاء الغلة من الغلول و هي الخيانة يقال غل و أغل أي خان و قال المصنف رحمه الله تعالى (و الغلة ما يرده بيت المال و يأخذه التجار) أي يردها بيت المال لكونها قطعاً لا لزيافتها و عند الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز هذا البيع (و وجهه) أي وجه جواز هذا البيع

(١) بحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما الخ كذا في العناية ص٢٧٣ ج٦ أقول روى ابو داودؒ في البيوع باب في اقتضاء الذهب من الورق ص١٢٠ ج٢ عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال كنت أبيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير و آخذ الدراهم و أبيع بالدراهم و آخذ الدنانير آخذه هذه من هذه و أعطي هذه من هذه فأتيت رسول الله ﷺ و هو في بيت حفصة رضى الله تعالى عنها فقلت يا رسول الله رويدك أسئلك اني ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير و آخذ الدراهم و ابيع بالدراهم و آخذ الدنانير و آخذ هذه من هذه و أعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا و بينكما شيء و رواه الترمذيؒ فيه باب ما جآء في الصرف ص١٤٩ ج١ و النسائيؒ فيه أخذ الورق من الذهب ص٢٢٣ ج٢ و ابن ماجةؒ في التجارات باب اقتضاء الذهب من الورق الخ ص١٦٤ . (٢) المغرب مادة غلل ص١١٠ ج٢.

تحقيق المساواة في الوزن و ما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال و إذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة و إذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب و يعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها و لا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن و كذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش و قد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة و الجيد و الرديء سواء و إن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم و الدنانير اعتباراً للغالب

(تحقيق المساواة في الوزن) لان المساواة هي شرط الجواز فإذا وجدت فلا مانع أصلاً (و ما عرف من سقوط اعتبار الجودة) هذا عطف على قوله تحقيق المساواة لقوله عليه الصلاة و السلام جيدها و رديئها سواء (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا كان الغالب على الدراهم الفضة) بالنصب لانه خبر كان (فهي فضة) أي حكمها حكم الدراهم الاصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة فالاول كما في الردئ و الثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت فإذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك (و إذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب و يعتبر فيهما) و في بعض النسخ و يعتبر فيها و على التقديرين الضمير يرجع إلى الدراهم و الدنانير (من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها) أي بالمغشوشة (و لا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن) و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالباً أو النقرة و يجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهين كذا في الحلية (و كذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزناً) أي إلا متساوياً في الوزن و قال الكاكي رحمه الله تعالى إلا وزناً أي لا عددا كما في الفلوس (لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع إلا مع الغش) لانا قد ذكرنا الآن أنها بدون بعض الغش قد تتفتت و لا يجتمع بعضها ببعض (و قد يكون الغش خلقياً) أي من حيث الخلقة و ذلك (كما في الرديء منه) أي من كل واحد من الذهب و الفضة (فيلحق القليل بالرداءة) أي يلحق القليل من الغش بالرداءة الفطرية و المتساوي كغالب الفضة في التبايع و الاستقراض و في الصرف كغالب الغش (و الجيد و الرديء سواء) بالنص (و ان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم و الدنانير اعتباراً للغالب) هذا أيضاً لفظ القدوري غير أن قوله اعتباراً للغالب من كلام المصنف رحمه الله تعالى و قال الأقطع المراد به إذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش

فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السف فان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة و صفر و لكنه صرف حتى يشترط القبض فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر قال

لأنها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها فأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة فإذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس و فضة بفضة فيجوز على هذا الاعتبار (فإن اشترى بها) أي بالمغشوشة (فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى لا يصح و إن كانت أكثر يصح (١)(فان بيعت) أي الدراهم المغشوشة (بجنسها) أي بالدراهم المغشوشة (متفاضلاً) أي بيعاً متفاضلاً (جاز) أي البيع (صرفاً) أي من حيث الصرف (للجنس إلى خلاف الجنس) تحرزاً عن الربا (و هي) أي الدراهم المغشوشة التي بيعت بالدراهم المغشوشة (في حكم شيئين فضة و صفر) و بيع الفضة بالصفر (٢) أو بالعكس متفاضلاً يجوز فكذلك بيع الدراهم المغشوشة بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس (و لكنه صرف) هذا جواب إشكال و هو أن يقال ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس أي الفضة إلى الصفر لم يبق صرفاً فكيف يشترط التقابض فأجاب بقوله و لكنه صرف تقريره أن هذا البيع صرف (حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين) أي من جانب الثمن و جانب المثمن لأنّ الاصل في المقابلة المطلقة الشيوع (فاذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه (٣) لا يتميز عنه إلا بضرر) لأن صرف الجنس إلى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا فيشترط القبض فيه (قال) أى المصنف رحمه الله تعالي

(١)يصح ليكون ما فى الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة و الزائد من الخالصة بمقابلة الغش كذا فى الفتح.
(٢)بالصفر و فى لسان العرب مادة صفر ص ٤٦١ ج٤ الصفر (بالضم فالسكون): النحاس الجيد و قيل: الصفر ضرب من النحاس و قيل: هو ما صفر منه، واحدته صفرة (بالضم)، و الصفر (بالكسر): لغة في الصفر (بالضم) عن أبى عبيدة وحده قال ابن سيدة: لم يك يجيزه غيره و الضم اجود و نفى بعضهم الكسر الجوهرى: و الصفر، بالضم، الذى تعمل منه الأواني و الصفار: صانع الصفر. (٣)لأنه لا يتميز الخ و لا يخفى أن هذا لا يتاتى فى كل دراهم غالبة الغش بل اذا كانت الفضة بحيث تتخلص من النحاس اذا أريد ذلك فأما اذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تحترق لا عبرة بها أصلا بل تكون كالمموهة لا تعتبر و لا يراعي فيها شرائط الصرف و انما هو كاللون و قد كان فى أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب من ذلك كذا فى فتح القدير ص٢٧٥ ج٦.

و مشايخنا رحمهم الله تعالى لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي و الغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع و الاستقراض فيهما بالوزن و إن كانت تروج بالعد فبالعد و إن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين و إذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين و إذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف

(و مشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر (١) فدعى لهم بقوله (كثرهم الله تعالى لم يفتوا بجواز ذلك) أي بجواز التفاضل (في العدالي) بفتح العين المهملة و تخفيف الدال المهملة و باللام المكسورة و هي الدراهم المنسوبة إلى العدال و كأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش (و الغطارفة) أي الدراهم الغطريفية و هي منسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة و سكون الطاء و كسر الراء بعدهما الياء آخر الحروف الساكنة و في آخره فاء و هو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون الرشيد و قيل هو خال هارون الرشيد (لأنها) أي لأن العدالي و الغطارفة (أعز الأموال في ديارنا) أي في البخارى و سمرقند (فلو أبيح التفاضل فيه) أي في المذكور من العدالي و الغطارفة (ينفتح باب الربا) و يتدرجون إلى الذهب و الفضة بالقياس على ذلك (ثم إن كانت) أي الدراهم التي غلب الغش عليهما و الدنانير التي كذلك (تروج بالوزن فالتبايع و الاستقراض فيهما) أي في الدراهم و الدنانير التي غلب الغش عليهما (بالوزن و إن كانت تروج بالعد فبالعد) أي يعتبران بالعد (و إن كانت تروج بهما) أي بالوزن و بالعد (فبكل واحد منهما) أي فيعتبر بكل واحد منهما (لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص) قال (٢) الأكملؒ حيث لم يكن منصوصاً عليهما فهذا التفسير يدل على أن قوله إذا لم يكن ليس هكذا بل إذ لم يكن بدون الألف بعد الذال و لكن غالب النسخ إذا بالألف بعد الذال و الذي يظهرلي أن الصواب مع الأكملؒ (ثم هي) أي الدراهم المغشوشة و الدنانير المغشوشة (ما دامت تروج) فيقبلها الناس (تكون أثماناً) يعني يكون حكمها حكم الأثمان (لا تتعين بالتعيين) فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما و يجب عليه مثلها (و إذا كانت لا تروج فهي سلعة) أي حكمها حكم السلعة (تتعين بالتعيين) كالرصاص (٣) و الستوقة (و اذا كانت يقبلها البعض) أي بعض الناس (دون البعض فهي كالزيوف

---

(١)ما وراء النهر من بخارى و سمرقند كذا في الشامية. (٢)قال الأكملؒ في العناية ص٢٧٥ ج٦.
(٣)كالرصاص و الستوقة و يبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم و يعلم كل واحد =>

لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه و بجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه و إذا اشترى بها سلعة فكسدت و ترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قال أبويوسف رحمه الله تعالى عليه قيمتها يوم البيع و قال محمد رحمه الله تعالى قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما

لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها) حال كونها (زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها) أي بحال الدراهم و الدنانير المغشوشة (لتحقق الرضاء منه) أي من البائع (و بجنسها) أي و يتعلق العقد بجنسها (من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه) أي من البائع بالزيوف (و إذا اشترى بها) أي بالدراهم التي غشها غالب (سلعة فكسدت و ترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و تفسير الكساد المذكور في البيوع أنها لا تروج في جميع البلدان هذا على قول محمد رحمه الله تعالى أما عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك المدة و في (١) العيون إن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكاً و يبقى البيع بلا ثمن فأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة و يروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد و إن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير (و قال أبويوسف رحمه الله تعالى عليه قيمتها يوم البيع) لانها كانت مضمونة (و قال محمد رحمه الله تعالى عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) أي بالدراهم المغشوشة و البيع لا يبطل عندهما و كذا (٢) عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و لكن عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب ذلك الكاسد لانه مال و عنده في وجه يخير البائع إن شاء أجاز البيع بذلك و إن شاء فسخه لتعينه و عند أحمد رحمه الله تعالى يجب النقد الجديد بالقيمة (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

=> منهما أن صاحبه يعلم و ان لم يعلما أو لم يعلم أحدهما أو علما و لكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذى عليها معاملات الناس دون المشار اليه كذا فى العناية. (١)و في العيون الخ و في فتح القدير ص٢٧٧ ج٦ قالوا و ما ذكر في العيون على قول محمد رحمه الله تعالى و أما على قولهما فلا اه و في المنحة على البحر ص٣٣٧ ج٦ قال فى النهر: و اعترضهم في الحواشي السعدية بأن محمدا رحمه الله تعالى لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل أقول و كذا ابويوسف رحمه الله تعالى لا يقول به أيضا كما قد علمت فكيف يكتفى للفساد بالكساد في تلك البلدة على قوله ثم رأيت بعد التأمل أن مما يجب المصير اليه في الجواب أن ما فى العيون مبنى على ماجرى عليه فى المبسوط و الأسرار و شرح الطحاوى من أن الفساد بالكساد فى الفلوس قول الكل و أن الخلاف الأول مقصور على الدراهم المغشوشة و سوى القدوزي بين الكل و هو الوجه اذ لا فرق يظهر، و لم أر من أفصح عن هذا و الله تعالى الموفق. (٢)و كذا عند الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى كذا فى فتح القدير.

أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد و انه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع و إذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وقت البيع لأنه مضمون به و عند محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح و ما بقي فيبقي بيعاً بلا ثمن فيبطل و إذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائماً

(أن العقد قد صح) و قال الكاكي أي بالاجماع لوجود مبادلة المال بالمال (إلا انه تعذر التسليم بالكساد) أي ان الشأن تعذر تسليم الثمن و هي المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية و يجوز أن يكون الضمير في انه للثمن أي ان الثمن تعذر تسليمه بالكساد (و انه) أي و ان تعذر التسليم أو الكساد (لا يوجب الفساد) لانه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج (كما إذا اشترى) أي نظير هذا كما إذا اشترى رجل شيئاً (بالرطب فانقطع) بأن لا يوجد في الاسواق لا يبطل البيع بالإتفاق و يجب القيمة و لا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هذا (و إذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وقت البيع لانه مضمون به) أي لان الثمن مضمون بالبيع فكان المغصوب يعتبر قيمة يوم الغصب لانه مضمون فيه و عليه الفتوى فإنه ذكر في الذخيرة و عليه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر و عليه الفتوى (و عند محمد رحمه الله تعالى يوم الانقطاع لانه) أي لان يوم الانقطاع (أوان الانتقال إلى القيمة) يعني يوجب العقد رد ما انعقد به العقد و الانتقال إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع و في المحيط و التتمة و الحقائق و بقول محمد رحمه الله تعالى يفتي رفقاً للناس (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح) أي ثمنية الدراهم التي غشها غالب إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح (و ما بقي) أي الاصطلاح (فيبقي) أي العقد (بيعاً (١) بلا ثمن فيبطل و إذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائماً)

(١)بيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كمالية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة لا يقال فلتصر مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لأنا نقول تصير مبيعة في الذمة و المبيع في الذمة لا يجوز إلا في السلم و اعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا و لا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قدمنا من ثبوت التعيين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين إلا أن المجيب نظر إلى أن صورة المسئلة أنه باع بدراهم كذا و كذا غلب غشها و هذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة اذا كسدت قبل القبض و ليس في صورة المسئلة أحضر الدراهم و أشار اليها بعينها بل باع بها على نمط ما يباع بالأثمان و هذا لأن الفرض أن البيع وقع حال رواجها أثمانا و انما كسدت بعده قبل القبض فلم يتنبه =>

و قيمته إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد قال و يجوز البيع بالفلوس لأنه مال معلوم فإن كانت نافقة جاز البيع بها و إن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح و إن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها و إذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما

و قيمته) أي تجب قيمته (إن كان هالكاً) لا يقال (١) العقد تناول عينها و هو باق بالكساد و هو مقدور التسليم لانا نقول (٢) إن العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة و بالكساد ينعدم منها صفة الثمنية و صفة الثمنية في الفلوس و الدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان و لو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا و أما الجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هذا هالكاً من كل وجه فلم يبطل المثمن أصلاً و في الدراهم المغشوشة بعد الكساد لا يرجى الوصول إلى ثمنها في الحال لان الكساد أصلي و الشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه (كما في البيع الفاسد) فإن الحكم فيه انه يجب على المشتري رد المبيع فيه على البائع إن كان قائماً و إن كان هالكاً يجب عليه رد قيمته يوم القبض (قال) أي القدوري (و يجوز البيع بالفلوس (٣) لانه مال معلوم) (٤) هذا بالاجماع (فإن كانت نافقة) أي رائجة (جاز البيع بها و إن لم تعين) الفلوس (لانها أثمان بالاصطلاح) فلا تتعين في البيع كالدراهم و الدنانير و إن شرط المتبايعان أعيانها و يكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته و لا يجبر كل واحد منهما أن يسلمها ما شرط من العين إن شاء أعطى العين و إن شاء أعطى مثلها و إن هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها (و إن كانت) أي الفلوس (كاسدة) يعني لا تروج (لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها) فإذا لم يعينها يصح العقد (و إذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) قيد بالكساد لانها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق ذكره في شرح الطحاوي (خلافاً لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى هذا

=> هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن كذا في فتح القدير ص٢٧٧ ج٦. (١)لا يقال الخ كذا في العناية ص٢٧٧ ج٦. (٢)لانا نقول الخ أقول و لا بد من التأمل في الفرق بين تخمير العصير و انقطاع الرطب حيث يفسد البيع في الأول دون الثاني مع أن كليهما مرجو الوصول إلى العام الثاني كذا في السعدية. (٣)بالفلوس و في المصباح: الفلس الذى يتعامل به و جمعه في القلة أفلس و في الكثرة فلوس كذا في البحر ص٣٣٨ ج٦. (٤)معلوم أي معلوم قدره و وصفه و انما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار و الوصف أو الاشارة اليه كذا في العناية.

و هو نظير الإختلاف الذي بيناه و لو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب عليه مثلها لأنه إعارة و موجبه رد العين معنى و الثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به و عندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية

الخلاف الذي ذكره القدوري خلاف ما ذكر في الاصل و شرح الطحاى و الاسرار و الاشارات لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف قال في الاشارات إذا اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القض فسد العقد عندنا خلافاً لزفر و في شرح الطحاوي و قال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشترى إبطاله فسخاً لان كسادها بمنزلة عيب فيها و الاول أظهر و لو نقد الدرهم و قبض من الفلوس نصفها ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر بطل البيع في نصفها و له أن يسترد نصف الدرهم و لو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها و قد قبض المبيع فسد البيع و عليه أن يرد المبيع إن كان قائماً أو قيمته أو مثله إن كان هالكاً و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن عليه قيمة الفلوس و لا يفسد البيع (و هو نظير الاختلاف الذي بيناه) أي الاختلاف في كساد الفلوس نظير الاختلاف في كساد الدراهم الذي غشها غالب يعني يبطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بكساد الفلوس و عندهما لا يبطل لكن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يجب قيمتها يوم البيع و عند محمد رحمه الله تعالى آخر ما يتعامل الناس بها و هو يوم الانقطاع في السوق (و لو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب عليه مثلها (١)لانه إعارة) أي لان الاستقراض المثلي إعارة كما أن اعارته قرض و موجب استقراض المثلي رد عينه و هو معنى قوله (و موجبه رد العين معنى) أي موجب عقد الاعارة رد العين من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة و ذا لا يكون إلا بالمثل (و الثمنية فضل فيه) جواب عما يقال كيف يكون المثلي بمعنى العين و قد فات وصف الثمنية و إنما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه نافقاً فأجاب المصنف بقوله و الثمنية فضل فيه تقريره أن الثمنية بمعنى صحة استقراض كونه ثمناً فضل في القرض (إذ القرض لا يختص به) أي بمعنى الثمنية يعني صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية بل لانه مثلي و بالكساد لم يخرج من أن يكون مثلياً و لهذا صح استقراضه بعد الكساد (و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يجب قيمتها) أي قيمة الفلوس التي كسدت بعد رواجها (لأنه (٢) لما بطل وصف الثمنية

---

(١)مثلها أي عددا كذا في البحر. (٢)لأنه لما بطل الخ و تاخير صاحب الهداية رحمه الله تعالى دليلهما ظاهر في اختيار قولهما كذا في الدر المختار ص٥٧ ج٢.

تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يوم القبض و عند محمد رحمه الله تعالى يوم الكساد على ما مر من قبل و أصل الختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع و قول محمد رحمه الله تعالى انظر للجانبين و قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أيسر قال و من اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز و عليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس

تعذر ردها كما قبض) و ليس المثل المجرد عنها في معناها (فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى يوم القبض و عند محمد رحمه الله تعالى يوم الكساد على ما مر من قبل) عند قوله و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وقت البيع (و أصل الاختلاف) أي بين أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد فرع الإختلاف (فيمن غصب مثلياً فانقطع) فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجب القيمة يوم الغصب و عند محمد رحمه الله تعالى يوم الإنقطاع و سيجيء بيانه إن شاء الله تعالى في أول كتاب الغصب (و قول (١) محمد رحمه الله تعالى أنظر) أي للجانبين و في بعض النسخ أنظر للجانبين جانب المقرض و المستقرض أما جانب المقرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن في رد المثل إضرارا به و أما في حق المستقرض فبالنسبة الى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لانتقاص قيمته يوم الكساد و في اعتبار قيمته يوم القبض إضرار به (و قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أيسر) أي للمفتي و في بعض النسخ أيسر للمفتي لأن يوم الكساد قيمته غير مضبوطة و يوم القبض مضبوطة فاعتبار المضبوط أيسر من اعتبار غير المضبوط و قال الاترازي لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض و للمستقرض و سائر الناس و قيمته يوم الإنقطاع تشتبه على الناس و يختلفون فيها فكان قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أيسر (قال) أي القدوري (و من اشترى شيئاً بنصف (٢) درهم فلوس جاز) قيد بنصف درهم لأنه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد رحمه الله تعالى على ما يجيء (و عليه) أي و على المشتري (ما يباع بنصف درهم من الفلوس) لأن ذلك

(١)قول محمد رحمه الله تعالى الخ و في الخانية و الفتاوى الصغرى و البزازية: الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى رفقا بالناس كذا في البحر ص٣٣٨ ج٦. (٢)بنصف درهم فلوس و في الشامية ص ٢٧٠ ج٤ الظاهر أنه يجوز في درهم عدم التنوين مضافا الى فلوس على معنى من كاضافة خاتم حديد و التنوين مع رفع فلوس على أنه خبر مبتداء محذوف أي هو فلوس و يدل عليه قوله بعده أو بدرهمين فلوس فانه لو كان مضافا وجب حذف نون التثنية أو جر فلوس على أنه بدل أو عطف بيان و يجوز نصبه على التمييز.

و كذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز و قال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس و انها تقدر بالعدد لا بالدانق و نصف الدرهم فلا بد من بيان عددها و نحن نقول ما يباع بالدانق و نصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس و الكلام فيه فأغني عن بيان العدد و لو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبى يوسف رحمه الله تعالى لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم و هو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس و عن محمد رحمه الله تعالى أنهَ لا يجوز بالدرهم و يجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة و لا كذلك

النصف من الدراهم فلوس لا نقرة و ذلك معلوم عند الناس وقت العقد فيجب عليه الوفاء بذلك (و كذا) أي و كذا الحكم (إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز) الدانق (١) سدس الدرهم و القيراط (٢) ست حبات (و قال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس و انها تقدر بالعدد لا بالدانق و نصف الدرهم) فإذا لم يبن عدد الفلوس كان مجهولاً فلا يجوز و هو معنى قوله (فلا بد من بيان عددها) لنفي الجهالة (و نحن نقول ما يباع بالدانق و نصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس و الكلام فيه) أي فيما إذا كان معلوماً يعني فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً حين العقد فكان مغنياً عن ذكر العدد و قال الإمام الحلوانيّ هذا إذا كان الدانق و القيراط معلوماً فإن عند الناس لا تختلف معاملتهم فيه فأما إذا كان مختلفاً فكما قاله زفرٌ لمكان المنازعة (فأغنى عن بيان العدد) يعني إذا كان معلوماً أغنى ذلك عن بيان العدد (و لو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبى يوسف رحمه الله تعالى) يجوز (لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم و هو المراد) أي كونه معلوماً هو المراد (لا وزن الدرهم من الفلوس) أي ليس المراد علم وزن الدرهم من الفلوس (و عن (٣) محمد رحمه الله تعالى أنه لا يجوز بالدرهم) أي أن الشراء بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز (و يجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة و لا كذلك

(١)الدانق الخ و في المغرب مادة دنق ص٢٩٦ ج١ الدانق بالفتح و الكسر: قيراطان و الجمع دوانق و دوانيق و فى الصحاح للجوهرى ص١٤٧٧ ج٤ الدانق: سدس الدرهم و ربما قالوا للدانق: داناق كما قالوا للدرهم: درهام. (٢)القيراط الخ و في الصحاح للجوهريّ مادة قرط ص١١٥١ ج٣ القيراط: نصف دانق و أصله قرّاط بالتشديد لأن جمعه قراريط فأبدل من احدى حرفى تضعيفه ياء على ما ذكرناه فى دينار. (٣)عن محمد رحمه الله تعالى الخ و لم يذكر في المبسوط خلاف محمد رحمه الله تعالى و المذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه كذا فى فتح القدير ص٢٨١ ج٦.

الدرهم قالوا و قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أصح لا سيما (١) في ديارنا قال و من أعطى صيرفياً درهماً و قال أعطني بنصفه فلوسا و بنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس و بطل فيما بقي عندهما لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز و بيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز و على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بطل في الكل لأن الصفقة متحدة و الفساد قوي فشيع و قد مر نظيره و لو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما بيعان و لو قال أعطني نصف درهم فلوساً و نصفاً إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله و ما ورائه بإزاء الفلوس قال

الدرهم قالوا) أي مشايخنا (و قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أصح) لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم (سيما) أي خصوصاً (في ديارنا) بما وراء النهر و قال (٢) الاترازي قوله سيما في ديارنا هذا تركيب عجيب فينبغي أن يقال لا سيما كما قال امرؤ القيس و لا سيما يوم بدارة جلجل (قال) أي القدوري (و من أعطى صيرفياً درهماً و قال أعطني بنصفه فلوساً و بنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس و بطل فيما بقي عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز و بيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز و على (٣) قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بطل في الكل لأن الصفقة متحدة و الفساد قوي) لأنه متمكن في صلب العقد و لأنه يجمع عليه لمعنى الربا (فيشيع و قد مر نظيره) أي في البيع و هو ما إذا جمع بين حر و عبد في البيع يبطل البيع عنده في الكل (و لو كرر لفظ الإعطاء) بأن قال أعطني بنصفه فلوساً و أعطني بنصفه نصفاً إلا حبة (كان جوابه) أي جواب أبي حنيفة رحمه الله تعالى (كجوابهما هو الصحيح) أي كجواب أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الأصح لتفرق الصفقة بتكرر لفظ الإعطاء و فساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر و أشار إليه المصنف بقوله (لأنهما بيعان) يعني بتكرر لفظ الإعطاء (و لو قال أعطني نصف درهم فلوساً و نصفا إلا حبة جاز لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم و بنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله و ما وراءه بإزاء الفلوس) و في الأصل و لو أشار فقال أعطني كذا كذا فلسا و درهما صغيراً وزنه نصف درهم إلا قيرطا كان هذا جائز كله إذا تقابضا قبل أن يفترقا (قال) أي المصنف رحمه الله تعالى

---

(١) لا سيما -ن- سيما. (٢) قال الاترازي الخ و في فتح القدير: و في بعض النسخ سيما بغير لا و هو استعمال لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة. (٣) و على قياس الخ و عبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى كذا في العناية.

و في أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية و الله أعلم بالصواب.

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة

(و في أكثر نسخ المختصر) أي مختصر القدوري رحمه الله تعالى (ذكر المسألة الثانية) و هي قوله أعطني نصف درهم فلوساً و نصفا إلا حبة جاز يعني لم يذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى و هو قوله من أعطى الصيرفي درهماً و قال أعطني بنصفه فلوسا و بنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس و بطل فيما بقي و لهذا قال في شرح الأقطع و هو غلط من الناسخ و قال الكاكي إنما ذكر المصنف هذا يعني قوله نسخ المختصر دفعا لمؤاخذة ترد على صاحب القدوري رحمه الله تعالى فإنه ذكر في بعض النسخ المسألة الاولى و أجاب بالجواز مطلقا و ليس كذلك بالاجماع أما عنده فظاهر لأنه يبطله في الكل و أما عندهما يجوز في الفلوس و يبطل في الباقي فعلم أن الجوز ليس بمطلق في المسألة الأولى فذكر الجواب مطلقا في بعض النسخ محمول على خطأ من الكاتب و الدليل عليه أن في أكثر النسخ ذكر المسألة الثانية و أجاب بالجواز مطلقا (و الله أعلم بالصواب)

(كتاب الكفالة)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الكفالة و إنما عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالبا و لأن في الكفالة إذا كانت بأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة (قال) الكفالة (١) هي الضم لغة) من كفلت به كفالة و كفلت عنه بالمال لغريمه و تكفل

(١)الكفالة الخ و في المغرب ص٢٢٧ ج٢. الكفيل: الضامن و تركيبه دالّ على الضم و التضمن و منه الكفل (بالكسر فالسكون): و هو كساء يدار حول سنام البعير كالحوية ثم يركب و كفل الشيطان أي مركبه اه و في البحر ص ٣٤١ ج٦ قال في المصباح: كفلت بالمال و بالنفس كفلا من باب قتل و كفولا أيضا و الاسم الكفالة و حكى ابوزيد سماعا من العرب من بابى تعب و قرب و حكى ابن القطاع كفلت و كفلت به و عنه اذا تحملت به و يتعدى الى مفعول ثان بالتضعيف و الهمزة فيحذف الحرف فيهما و قد يثبت مع المثقل قال ابن الأنباري: تكفلت بالمال التزمت به و ألزمته نفسى و قال ابوزيد: تحملت به و قال في المجمع: كفلت به كفلة و كفلت عنه بالمال لغريمه حقوق بينهما و الفاعل عن كفالة المال كفيل به للرجل و المرأة و قال ابن الأعرابي: و كافل أيضا مثل ضمين و ضامن و فرق الليث بينهما فقال: الكفيل الضامن و الكافل هو الذي يعول انسانا و ينفق عليه اه ملخصا ثم قال في البحر ص٣٤٦ ج٦ و يحتاج الى معرفة أسامي أربعة: المكفول عنه و هو المديون و المكفول له و هو الدائن و الكفيل و هو الملتزم و المكفول به و هو الدين و يقال للمكفول بنفسه مكفول به و لا يقال مكفول عنه كذا فى التتارخانية و في المنحة على البحر: قوله (و الكفيل و هو الملتزم) قال الرملي: و يسمى =>

قال الله تعالى ﴿و كفلها زكريا﴾ ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة و قيل في الدين و الأول أصح

بدينه تكفلا و أكفلت فلانا المال إكفالا اذا ضمنته اياه و كفل هو به كفلاً و كفولاً و التكفيل مثله و استشهد المصنف رحمه الله تعالى في قوله الكفالة الضم لغة بقوله (قال الله تعالى ﴿و كفلها (١) زكريا﴾) أي ضمها إلى نفسه و قرئ بتشديد الفاء و نصب زكريا أي جعله كافلاً لها و ضامنا لمصالحها و ذكر الأخفش أنه قرئ أيضا و كفلها بكسر الفاء و الضمير المنصوب في كفلها يرجع إلى مريم أم عيسى عليهما السلام و قصتها مشهورة (ثم قيل) قائله أكثر الأصحاب (هي) أي الكفالة في معناها الشرعي (ضم (٢) الذمة إلى الذمة في المطالبة و قيل في الدين) أي الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في أصل الدين و هو اختيار بعض المشايخ و قال الاترازي و هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى (و الأول (٣) أصح) أي القول الأول الذي قاله أكثر الأصحاب هو الأصح لأن

=> الملتزم لذلك ضامنا و ضمينا و حميلا و زعيما و كافلا و كفيلا و صبيرا و قبيلا قال الماوردي: غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال و الحميل في الديات و الزعيم في الأموال العظام و الكفيل في النفوس و الصبير في الجميع و كالضمين فيما قاله الضامن و كالكفيل الكافل و كالصبير القبيل قال ابن حبان في صحيحه: و الزعيم لغة أهل المدينة و الحميل لغة أهل مصر و الكفيل لغة أهل العراق كذا في شرح الروض لشيخ الاسلام زكريا اه. (١)و كفلها زكريا، آل عمران:٣٧ و في البحر ص٣٤٦ ج٦. الثامن في محاسن الكفالة و مسايها فمحاسنها جليلة و هي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله و المطلوب الخائف على نفسه فقد كفاهما مؤنة ما أهمهما و هو نعمة كبيرة عليهما و مساويها كما في المجتبى قال: الامتناع عن التكفل أقرب الى الاحتياط لأنه مكتوب في التوراة "و الزعامة أولها ملامة و أوسطها ندامة و آخرها غرامة" اه. (٢)ضم الذمة الخ و في البحر ص٣٤١ ج٦ الضم الجمع و من الفقهاء من جعل الضمان مشتقا من الضم و هو غلط من جهة الاشتقاق لأن نون الضمان أصلية و الضم لا نون فيه فهما مادتان مختلفتان كذا في المصباح و الذمة العهد و الأمان و الضمان و قولهم في ذمتي كذا أي في ضماني و الجمع ذمم مثل سدرة و سدر كذا في المصباح و قال الأصوليون: ان الآدمي يولد و له ذمة صالحة للوجوب له و عليه و في التحرير: و الذمة وصف شرعي به الأهلية لوجوب ما له و عليه و فسرها فخر الاسلام بالنفس و الرقبة التي لها عهد و المراد انها العهد فقولهم في ذمته أي في نفسه باعتبار عهدها من باب اطلاق الحال و إرادة المحل اه و المطالبة من طالبته مطالبة و طلابا من باب قاتل كذا في المصباح و حاصله أن الكفيل و المكفول عنه صارا مطلوبين للمكفول له سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب من الآخر كما في الكفالة بالمال أو لا كما في الكفالة بالنفس فان المطلوب من الأصيل المال و من الكفيل إحضار النفس و لفظ المطالبة باطلاقه ينتظمهما، هذا على رأي بعضهم و جزم مسكين بأن المطلوب منهما واحد و هو تسليم النفس فان المطلوب عليه تسليم نفسه و الكفيل قد التزمه اه. (٣)و الأول أصح فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافا للشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و احمد رحمه الله تعالى في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل و لا يسقط عن الاصيل و قال ابن ابي ليلى و ابن شبرمة و داود و أبوثور رحمهم الله تعالى ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا يملك =>

قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس و كفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة و المضمون بها إحضار المكفول به و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه و لنا قوله عليه الصلاة و السلام الزعيم غارم

الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس و لا دين ثمة و كما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمونة لنفسها و لانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل و لم يبرأ الأصيل صار الدين الواحد دينين و أورد (١) بما إذا وهب رب الدين دينه للكفيل فإنه يصح و يرجع به الكفيل على الأصيل و لو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز و أجيب بأن رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف و جعلناه في حكم دينين و أما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين و ركن الكفالة الايجاب و القبول عند أبي حنيفة و محمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول و قال (٢) أبويوسف رحمه الله تعالى آخراً و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى فى قول الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو لا (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (الكفالة ضربان كفالة بالنفس و كفالة بالمال فالكفالة (٣) بالنفس جائزة و المضمون بها إحضار المكفول به) و به قال عمر و عثمان و ابن مسعود و ابن عمر و حمزة بن عمرو الاسلمي و جرير بن عبدالله و أبي بن كعب و عمران بن الحصين و الأشعث بن قيس رضى الله تعالى عنهم (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز) هذا ليس بمشهور من مذهبه فإن الصحيح عنده كمذهبنا (لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (الزعيم غارم) هذا الحديث رواه (٤) ابوداودٌ مطولاً عن

=> مطالبة الأصيل أصلا كما في الحوالة و ما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك رحمه الله تعالى خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه انتهى ما في فتح القدير ملخصا ص٢٨٣ ج٦. (١)أورد الخ كذا فى العناية. (٢)قال ابويوسف رحمه الله تعالى الخ كذا فى فتح القدير ص٢٨٤ ج٦ و فى الهندية ص٢٥٢ ج٣ و اختلفوا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقيل عنده تجوز بوصف التوقف حتى لو رضي بها الطالب تنفذ و إلا تبطل و قيل هي جائزة عنده بوصف النفاذ و رضا الطالب ليس بشرط عنده و هو الأصح كذا فى الكافي و هو الأظهر كذا فى فتح القدير و في البزازية و عليه الفتوى كذا في النهر الفائق و هكذا فى البحر الرائق. (٣)فالكفالة بالنفس جائزة أقول و هو قول اكثر أهل العلم و مذهب شريح و مالك و احمد و الثورى و الليث رحمهم الله تعالى كما فى المغنى ص٩٥ ج٥. (٤)رواه ابوداودٌ في البيوع باب في تضمين العارية ص١٤٦ ج٢ و الترمذيٌ فيه باب ما جآء أن =>

و هذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها و لأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه و بينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك و الحاجة ماسة إليه و قد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه و هو الضم في المطالبة قال و تنعقد إذا قال

أبي امامة رضى الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه... الحديث و في آخره و الزعيم غارم و رواه ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ قال الزعيم غارم أخرجه (١) ابن عديّ في الكامل و معناه الكفيل غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال و الكفالة بالنفس و ألفاظ الكفالة أنا زعيم أو أنا ضامن بما عليه أو كفيل بذلك أو قبيل أو هو علي أو إلي أو هو لك عندي (و هذا) أي قوله عليه الصلاة و السلام الزعيم غارم (يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها) أي بنوعي الكفالة و هما كفالة المال و كفالة النفس لأنه (٢) مطلق يشملهما و في بعض النسخ بنوعيه قال الاترازيّ الضمير راجع إلى الكفالة على تأويل عقد الكفالة (و لأنه) جواب عن قياس الشافعي رحمه الله تعالى أى و لأن الكفيل (يقدر على تسليمه) أي تسليم المكفول به (بطريقه) أي بطريق التسليم (بان يعلم) أي الكفيل (الطالب) بالنصب (مكانه) أي مكان مكفول به (فيخلي بينه و بينه) أي بين الطالب المكفول له و المكفول به (أو يستعين) أي الكفيل (بأعوان القاضي في ذلك) أى فى التسليم و الأعوان جمع عون و هو الظهير على الأمر و الحاصل أن أعوان القاضي هم الرجال الذين في خدمته يساعدونه في مهمات الأمور الشرعية (و الحاجة ماسة إليه) أي إلى عقد الكفالة بالنفس و هي ضرورة إحياء حقوق العباد لأنه ربما يغيب نفسه فيتضرر صاحب الحق (و قد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه) أي فى عقد الكفالة بالنفس (و هو الضم في المطالبة) أي معنى الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة (قال) أي القدوريّ (و تنعقد) أي الكفالة (إذا قال

=> العارية مؤداة ص١٥٢ ج١ و فى الوصايا باب ما جآء لا وصية لوارث ص٣٣ ج٢ و قال هذا حديث حسن و ابن ماجةّ في الكفالة ص١٧٥ و الدارقطنىّ في البيوع ص٤١ ج٣ و ابن أبي شيبةّ في البيوع في العارية من كان لا يضمنها الخ ص١٤٥ ج٦ و عبدالرزاقّ في البيوع باب العارية ص١٨١ ج٨ و فى نصب الراية ص٥٧ ج٤ و رواه احمد و أبوداود الطيالسي و أبويعلى الموصلى رحمهم الله تعالى في مسانيدهم. (١)أخرجه ابن عدىّ فى الكامل و أعله باسماعيل بن زياد السكوني و قال انه منكر الحديث لا يتابع على عامة ما يرويه انتهى و قال ابن طاهرّ: اسماعيل بن زياد و يقال ابن أبي زياد شيخ دجال لا يحل ذكره إلا على سبيل القدح انتهى و فى الباب عن انس رضى الله تعالى عنه روه الطبرانىّ فى كتاب مسند الشاميين كذا فى نصب الراية ص٥٨ ج٤. (٢)لأنه مطلق الخ. و في فتح القدير ص٢٨٥ ج٦. و اعترض بأنه مخصص بالزعيم فى المال من نفس الحديث حيث قال غارم و الكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال و أجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه مما يضره و الغرام اللازم ذكره فى المجمل و الكفيل بالنفس يلزمه الاحضار اه و نحوه في الكفاية.

تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه و كذا ببدنه و بوجهه لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق و كذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح (١) إضافة الطلاق إليهما و فيما تقدم يصح

تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه) هذا كله كلام القدوري و قوله (و كذا ببدنه و بوجهه) من كلام المصنف (لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة) كقوله تكفلت بنفس فلان أو ببدنه أو بجسده (أو عرفاً) كقوله تكفلت بوجهه أو برقبته (على ما مر في الطلاق) انه قال نفسك طالق أو بدنك طالق أو جسدك طالق فإنها تطلق و إذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو دبرك طالق لا يقع شيء (و كذا) أي و كذا تنعقد الكفالة (إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه) أي قال تكفلت بنصف فلان أو تكفلت بثلث فلان أو تكفلت بجزء من فلان بأن قال تكفلت بيده أو رجله (لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها) أي ذكر بعض النفس الواحدة حال كونه (شائعاً كذكر كلها) كما في الطلاق لأن إضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت و تسرى إلى الجملة كما في الطلاق و العتاق (بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله) حيث لا تصح الكفالة (لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما) أي إلى اليد و الرجل فكانت إضافة الكفالة إليهما كاضافة الطلاق اليهما على ما مر (و فيما تقدم) أي في الجزء الشائع كالنصف (يصح) إضافة الكفالة إليه كما تصح اضافة الطلاق و قال الشافعي رحمه الله تعالى (٢)تجوز الكفالة

---

(١)لا يصح -ن- لا تصح. (٢)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و في شرح الوجيز ص١٧٠ ج٥ و لو تكفل بعضو من أعضائه ففيه ثلاثة أوجه. أحدها: و به قال الشيخ ابو حامد و القاضي ابو الطيب رحمهما الله تعالى و اختاره ابن الصباغ: أنه باطل. و الثاني: أنه يصح. و ثالثها: ان كان عضوا لا يبقى البدن دونه كالرأس و القلب و الكبد و الدماغ صح و ان كان مما يبقى البدن دونه كاليد و الرجل لم يصح، قال في التهذيب: و هذا أصح. رابعها: انما يعبر به عن جميع البدن كالرأس و الرقبة اذا تكفل به صح و ما لا يعبر به عن جميع البدن كاليد و الرجل اذا أضاف به لم يصح أورده القفال في شرح التلخيص و قال: إنه الأصح و في قوله لا يعبر باليد عن الجملة في احد الوجهين و الوجه بمثابة سائر الأعضاء فيما أورده المعظم و في النهاية تصح الاضافة اليه جزما لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه و الجزء الشائع كالنصف و الثلث كالجزء الذى لا يبقى البدن دونه فيجئ فيه وجهان (قال النوى أصحهما البطلان كما في الهامش) اه و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٩٦ ج٥ (فصل) و اذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه أو بوجهه كان كفيلا به و ان كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربعه صحت الكفالة و ان تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده و رجله ففيه وجهان أحدهما تصح الكفالة و الثاني لا يصح اه ملخصا.

و كذا إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه أو قال هو عليّ لأنه صيغة الالتزام أو قال إليّ لأنه في معنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة و السلام من ترك مالاً فلورثته و من ترك كلاً أو عيالاً فإليّ

بما يعبر به عن البدن و بجزء شائع أو بجزء لا يمكن فصله عنه كالقلب و الكبد و به قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال مالك رحمه الله تعالى يصح بكل عضو من بدنه حتى لو قال بوجهه أو بعينه فهو كفالة بالنفس و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و عندنا لو كفل بعينه لم يذكره محمد رحمه الله تعالى و عن أبي بكر البلخيّ لا يصح كما في الطلاق و لو نوى به البدن يصح كذا في المحيط (و كذا) أي و كذا تنعقد الكفالة (إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه) أي بموجب عقد الكفالة لأنه يصير به ضامناً للتسليم و العقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك (أو قال هو عليّ لأنه صيغة الإلتزام) لانه من ألفاظ الوجوب فأفاد الضمان فصحت الكفالة (أو قال إليّ لأنه في معنى عليّ هذا المقام) فكأنه قال ضمانه موجه إليّ (قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبي ﷺ (من ترك مالاً فلورثته و من ترك كلاً أو عيالاً فإليّ) هذا الحديث رواه (١) أبو داود و النسائي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى عن المقدام بن معد يكرب رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من ترك كلاً فإلي و من ترك مالاً فلورثته و أنا وارث من لا وارث له... الحديث و رواه ابن حبانّ في صحيحه وَ في لفظ لأبي داودّ أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا أو ضيعة فإليّ و أخرج (٢) البخاري و مسلم رحمهما الله تعالى من حديث أبي حازم عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال من ترك مالاً فلورثة و من ترك كلاً فإلينا و الكل (٣) بفتح الكاف و تشديد اللام اليتيم هنا بدليل عطف العيال عليه و إن كان الكل يجيء بمعنى العيال

(١) رواه ابوداودّ في الفرائض باب في ميراث ذوى الأرحام ص٤٥ ج٢ و النسائيّ في الكبرى في الفرائض من لا مولى له ص ٩٠ ج٤ و ابن ماجةّ فيه باب ذوى الأرحام ص ٢٠١. (٢) أخرج البخاريّ في الفرائض باب قول النبي ﷺ من ترك مالا فلأهله ص٩٩٦ ج٢ و مسلمّ فيه ص٣٦ ج٢ و اللفظ له و ابوداودّ في الخراج باب في أرزاق الذرية ص٥٤ ج٢. أقول و أخرج ابوداودّ في الخراج باب في أرزاق الذرية ص٥٤ ج٢ و قال حدثنا محمد بن كثير أخبرنا سفيان عن جعفر عن ابيه عن جابر بن عبدالله رضي الله تعالى عنه قال كان رسول الله ﷺ يقول انا اولى بالمؤمنين من انفسهم من ترك مالا فلأهله و من ترك دينا أو ضياعا فإليّ و عليّ و رواه بن ماجةّ في الكفالة باب من ترك دينا أو ضياعا الخ ص١٧٦. (٣) الكل الخ. و في لسان العرب مادة كلل ص٥٩٤ ج١١. الكل: العيّل و الثقل، الذكر و الأنثى في ذلك سواء و ربما جمع على الكلول (بالضم) في الرجال و النساء كل يكل (من باب ضرب) كلولا (بالضم) و رجل كل: ثقيل لا خير فيه. ابن الأعرابيّ: الكل الضم و الكل الثقيل الروح من الناس و الكل اليتيم وَ الكل الوكيل وكَل الرجل اذا تعب وكّل الرجل اذا توكل اه ملخصا.

و كذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل لأن الزعامة هي الكفالة و قد روينا فيه و القبيل هو الكفيل و لهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة

و الجمع الكلول و العيال من يعوله أي يقوته و ينفق عليه (و كذا) أي و كذا تنعقد الكفالة بقوله (أنا زعيم به) أي بفلان و ليس في بعض النسخ لفظ به و زعيم من زعم به أي كفل به يزعم زعامة (أو قبيل) أي أو قال أنا قبيل بفلان فهو بمعنى كفيل من قولهم قبل أي كفل به بفتح العين في الماضي و كسرها في المضارع قبالة (لأن الزعامة هي الكفالة) يعني معناهما واحد (و قد روينا فيه) أي روينا الحديث و هو قوله عليه الصلاة و السلام الزعيم غارم و في بعض النسخ روينا الحديث و قوله فيه أي في معنى أن الزعامة هي الكفالة و الحميل (١) أيضاً بمعنى الكفيل يقال حمل به يحمل حمالة بفتح العين في الماضي و كسرها في المضارع أي كفل به و روى الزمخشري في الفائق الحميل غارم (و القبيل هو الكفيل و لهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته) يعني لا يكون كفيلا بهذا اللفظ (لأن التزم المعرفة دون المطالبة) أي لأن الرجل الذى قال هذا اللفظ التزم لمن يطلب الكفيل معرفة الرجل الذى عليه الدين و ما التزم مطالبة الدين و في الاصل لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان أو ضامن لان أدلك عليه أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة و لو قال أنا ضامن لتعريفه أو علي تعريفه ففيه اختلاف المشايخ كذا نقل في خلاصة الفتاوى (٢) عن شرح الشافي و قال (٣) الفقيه أبوالليثؒ روى عن علي بن أحمدؒ عن نصيرؒ قال سئل ابن محمد بن الحسنؒ أبا سليمان الجوزجانيؒ عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال ابوسليمانؒ أما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أبيك لا يلزمه شيء و أما أبويوسف رحمه الله تعالى قال هذا على معاملة الناس و عرفهم ثم قال الفقيه أبوالليثؒ في النوازل هذا القول عن أبي يوسف رحمه الله تعالى غير مشهور و الظاهر ما روى عن أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال في خزانة الواقعات و به يفتي أي بظاهر الرواية و قال (٤) في الفتاوى الصغرى-آشنائي فلان برمن – قال

(١)الحميل الخ. كذا في المنجد ص١٥٦. (٢)خلاصة الفتاوى كتاب الكفالة ص١٦٤ ج٤. (٣)قال الفقيه الخ. كذا في فتح القدير ص٢٨٧ ج٦. (٤)قال في الفتاوى الخ. و في الهندية ص٢٥٦ ج٣ لو قال (آشنائي فلان بر من) قال الفقيه أبوجعفرؒ يكون كفيلا بالنفس و الفقيه ابوالليثؒ لا يكون كفيلا و ما قال الفقيه أبوجعفر رحمه الله تعالى أقرب الى عرف الناس كذا في فتاوى قاضيخان و في الواقعات الفتوى على أنه يصير كفيلا كذا في الظهيرية و لو قال فلان (اشناى من است) أو قال (فلان آشنا است) قالوا يكون كفالة بالنفس كذا في فتاوى قاضيخان و في الكبرى و به يفتي كذا في التتارخانية لو قال أنا ضامن لمعرفته أو بمعرفته فانه لا يصير كفيلا و كان بمنزلة ما لو قال أنا ضامن لك على ان أدلك عليه أو أوقفك عليه كذا في المحيط و لو قال معرفة فلان على قالوا يلزمه أن يدل عليه كذا في فتاوى قاضيخان اذا قال (آنچه ترا بر فلان است من بدهم) فهذا وعد لا كفالة و بعض مشايخنا =>

فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فإن أحضره و إلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه و لكن لا يحبسه أول مرة

الفقيه أبوجعفر يكون كفيلاً بالنفس و قال أبوالليث لا ثم نقل في الفتاوي الصغرى عن الواقعات أن الفتوى على أنه يصير كفيلا ثم قال فيها إذا قال فلان – آشناي من است– أو قال – فلان آشنا ست– صارت كفالة بالنفس عرفاً و لو قال – آنچه ترا بر فلان است من جواب كويم– فهو كفالة بحكم العرف و لو قال – آنچه ترا برفلان است من بدهم – فهذا وعد لا كفالة (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره إذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه) أي لأجل وفاء ما التزمه في الوقت المعين و الأصل فيه أن الكفالة بالنفس نوع ضمان فيصح التأجيل فيها كالكفالة بالمال فإذا حل الأجل يجب الاحضار (فإن أحضره) فلا كلام فيه (و إلا) و إن لم يحضره بأن امتنع عن إحضاره (حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه) لأنه يصير ظالماً و الحبس جزاؤه (و لكن لا يحبسه أول مرة) لأن الحبس عقوبة على الظالم و لا يظهر في أول

=> رحمهم الله تعالى قالوا في قوله (آنچه ترا بر فلان است من جواب كويم) ان هذا كفالة بحكم العرف و كان الشيخ الامام ظهير الدين يفتي بأنه لا يكون كفالة و كذا كان يفتي في قوله جواب (مال تو بر من أو جواب مال تو من بكويم) انه لا يكون كفالة كذا في المحيط و لو قال (پذيرفتم) هذا ضمان صحيح و لو قال (قبول كردم) قد اختلف المتأخرون فيه قيل لا يكون كفالة و قيل ان أراد به الكفالة يكون كفالة و ان لم يرد يكون وعدا لا ضمانا و لو قال (هرچه ترا بروى آيد برمن) لا يكون كفالة و لو قال (هرچه ترا بر فلان بشكند) فهو عليّ لا تصح كذا في خزانة المفتين لو قال (پذيرفتم فلان را كه فردا بتو تسليم كنم) هذه كفالة مطلقة لان قوله (پذيرفتم فلان را) كفالة تامة و قوله (فردا بتو تسليم كنم) لم يدخل في الكفالة بخلاف ما لو قال كفلت بنفس فلان غدا فعلى قياس هذه المسئلة لو قال (پذيرفتم تن فلان را كه هر كاه طلب كنى بتو تسليم كنم) يكون كفالة مطلقة لو سلمه اليه قبل أن يطلبه منه يبرأ و لو قال (هر كاه كه طلب كنى فلان را تن او را پذيرفتم) قيل ينبغي أن لا يكون كفيلا قبل أن يطلبه منه و ان المسئلة هذه كانت واقعة الفتوى لو قال (اكر مال تو بر فلان فرو رود من جواب كويم) لا يكون كفالة و لو قال (اكر فلان تا آن وقت مال تو نكذارد من جواب كويم) أو قال (تا نتواند كذاردن من جواب كويم) لا تصح الكفالة كذا في الفصول العمادية و عن القاضي الامام ركن الاسلام على السغدى انه قال اذا قال (اكر من فلان كس را حاضر نتوانم كردن جواب آن مال بر من) هذا لا يكون كفالة و في فتاوى النسفى انه من قال لغيره ان الدين الذى لك على فلان أنا أدفعه اليك أنا أسلمه اليك أنا أقضيه لا يصير كفيلا ما لم يتكلم بلفظ يدل على الالتزام نحو قوله كفلت ضمنت عليّ اليّ و كان الشيخ الامام ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني يقول اذا أتى بهذه الالفاظ منجزا لا يكون كفالة و اذا أتى بها معلقا بأن قال ان لم يؤدّ فلان مالك عليه فأنا أؤدى فأنا أدفع يصير كفيلا كذا في المحيط لو قال لأقوام بأعيانهم (هرچه شما را از فلان آيد بر من) لا شيء عليه بهذا الضمان لان قوله (از فلان آيد) لفظ مجمل كذا في خزانة المفتين.

لعله (١) ما درى لماذا يدعى و لو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه و مجيئه فان مضت و لم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال (٢) و كذا إذا ارتد و العياذ بالله و لحق بدار الحرب و هذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر و لو سلمه قبل ذلك برىء لأن الأجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال و إذا أحضره و سلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن

الوهلة (فلعله ما دري لماذا يدعى) على صيغة المجهول (و لو غاب (٣) المكفول بنفسه) أي المدعي عليه (امهله الحاكم مدة ذهابه و مجيئه) هذا إذا علم مكان المكفول به أما إذا لم يعلم سقطت المطالبة عن الكفيل للحال لعجزه و في الذخيرة و لو كان الكفيل يعرف مكانه أمهله قدر ذهابه و مجيئه فإن لم يعلم سقطت المطالبة و لو وقع الاختلاف فقال الطالب تعرف مكانه و قال الكفيل لا أعرف فإن كان له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب و يؤمر الكفيل بالذهاب اليه لأن الظاهر شاهد له و إن لم يكن ذلك معروفاً منه فالقول للكفيل لأنه متمسك بالاصل و هو الجهل بالمكان و منكر لزوم المطالبة إياه فإن أقام الطالب البينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه (فان مضت) أي المدة (و لم يحضره) أي لم يحضر الكفيل المكفول به (يحبسه) أي يحبس الحاكم الكفيل (لتحقق امتناعه) أي امتناع الكفيل (عن ايفاء الحق) مع امكانه و قال الكاكي و في بعض النسخ و كذا إذا ارتد و لحق بدار الحرب و هذه المسألة ليست في بعض النسخ الى قوله و إذا أحضره و سلمه ثم معنى قوله و كذا إذا ارتد و لحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب و مجيئه و ينبغي أن يبرأ الكفيل كما في الموت لان إلحاق المرتد موت حكمي و الفرق أن اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته دون الحقوق الثابتة في ذمته (قال) أي القدوري (و إذا أحضره و سلمه (٤) في مكان

---

(١)لعله – ن– فلعله. (٢) (قال و كذا) أي يمهل مدة الذهاب و المجيء (اذا ارتد) أي المكفول به (و لحق بدار الحرب و هذا) أي الامهال (لأنه) أي لأن الكفيل (عاجز) يعنى عن تسليم المكفول به (في المدة) أي مدة التسليم (فينظر) على صيغة المجهول من الانظار أي يمهل و هذا الكفيل العاجز (كالذى) أي كالرجل الذى (أعسر) و عليه دين فانه يمهل (و لو سلمه) أي مكفول به (قبل ذلك) أي قبل وقت معين (برىء) أي الكفيل (لأن الأجل حقه) أي حق الكفيل (فيملك) أي الكفيل (اسقاطه) أي اسقاط حقه (كما) برىء (في الدين المؤجل) اذا أدى الدين قبل الأجل. (٣)و لو غاب الخ أطلقه فشمل المسافة القريبة و البعيدة كما في فتح القدير ص٢٨٨ ج٦. (٤)سلمه و فى القنية: كان المكفول له جالسا مع قوم فى مدرسة فجآء الكفيل بالمكفول عنه و قال له هو المكفول عنه فلم يجلس بل مر و خرج الى باب آخر فهذا القدر تسليم منه اه كذا في البحر ص٣٥٢ ج٦.

يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه و حصل المقصود به و هذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة و إذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود و قيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيداً و إن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود و كذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه و لو سلم فى مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للقدرة على المخاصمة فيه و عندهما

يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة لانه أتى بما التزمه و حصل المقصود به و هذا) يعني ما ذكرنا من إتيانه بما التزمه (لانه ما التزم التسليم إلا مرة) فحصل التسليم (و إذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود) و هو القدرة على المحاكمة (و قيل (١) في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيداً) و قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى إذا عين مكاناً و في تسليمه في غيره ضرر يتعين ذلك المكان و في الشامل شرط على الكفيل أن يسلمه في المسجد الاعظم فسلمه في السوق برىء لان المصر كبقعة واحدة ثم قال فيه عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يبرأ لان الناس لا يعينونه للاحضار ثم قال و يجب أن يكون الفتوى على هذا اليوم (و إن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود و كذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه) أي في سواد قال (٢) الجوهريّ سواد الكوفة و البصرة قراهما و المفهوم من كلام المصنفّ أن السواد هي القري التي ليس فيها قضاة و أما إذا كان فيها قضاة ينبغي أن يبرأ لقدرته على المخاصمة (و لو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للقدرة على المخاصمة فيه) لأن المحاكمة تتحقق عند كل قاض فصار التسليم في البلدين سواء (و عندهما) أي عند (١) أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى

(١)قيل الخ. و فى البحر ص٣٥٣ ج٦ و هو قول زفرّ و به يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق و محل الاختلاف فى بلدة لم يعتادوا نزع الغريم من يد خصمه كذا فى التتارخانية و هذه إحدى المسائل التى يفتى فيها بقول زفرّ و منها قعود المريض فى صلاته كقعود المصلى فى التشهد و منها سماع البينة من امرأة الغائب ليقرر القاضي لها نفقة و منها أن الوكيل بالخصومة لا يلى القبض و منها تضمين الساعى اذا سعى به الى السلطان و غرمه شيئا و منها أن رؤية البيت من الصحن لا يكفى بل لا بد من رؤية داخله و منها أن رؤية ظاهر الثوب مطويا لا يكفى بل لا بد من نشره فهى سبع و ليس المراد الحصر اهـ. (٢)قال الجوهريّ فى الصحاح مادة سود ص٤٩٢ ج٢.
(١)عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى الخ و فى فتح القدير: و قولهما أوجه.

لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه و لو سلمه في السجن و قد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه قال و إذا مات المكفول به برىء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره و لأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل و كذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه

(لا يبرأ) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (لأنه قد يكون شهوده فيما عينه) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر فقيل هذا اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حجة و برهان فأبوحنيفة رحمه الله تعالى فى القرن الثالث و الغلبة لأهل الصلاح و القضاة لا يرغبون فى الميل إلى الرشوة و عامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة و تغير الحال فى زمانهما فظهر الفساد و الميل إلى الرشوة و عامل كل مصر لا ينقاد لأمر الخليفة فيفيد التقييد (و لو سلمه (١) في السجن و قد حبسه غير الطالب) أى و الحال أن القاضى قد حبسه لأجل غير الطالب (لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه) و عند مالك رحمه الله تعالى يبرأ و عند أحمد رحمه الله تعالى إن كان في سجن القاضي الذي يرجع الحكم إليه يبرأ و إلا فلا (قال) أي القدوري (و إذا مات المكفول به) و هو المدعى عليه (برىء الكفيل بالنفس عن الكفالة) و به قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى فى وجه و أحمد رحمه الله تعالى و قال في أصح الوجهين يطالب بإحضار الميت ما لم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صورته كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت و علل المصنف ما ذهب إليه أصحابنا بوجهين الأول هو قوله (لأنه عجز عن إحضاره) أي إحضار المكفول به و هو المدعى عليه و الثاني هو قوله (و لأنه سقط الحضور عن الأصيل) و هو المكفول به (فيسقط الإحضار عن الكفيل و كذا) و كذا تسقط (٤) الكفالة (إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه

---

(٢)و لو سلمه الخ و فى المحيط هذا اذا كان السجن سجن قاض آخر فى بلد آخر أما لو كان سجن هذا القاضى أو سجن أمير البلد فى هذا المصر يبرأ و ان كان قد حبسه غير الطالب لأن سجنه فى يده فيخلى سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن اه و فى البحر عن البزازية و لو ضمن و هو محبوس فسلمه فيه يبرأ و لو أطلق ثم حبس ثانيا فدفعه اليه فيه ان الحبس فى أمور التجارة و نحوها صح الدفع و ان فى امور السلطان و نحوها لا اه. و فى كافى الحاكم و اذا حبس المكفول به بدين أو غيره أخذت الكفيل لأنه يقدر على أن يفكه مما حبس به باداء حق الذى حبسه اه أى اذا لم يمكنه تسليمه كما يعلم من كلام المحيط المار كذا فى رد المحتار ص٢٨٧ ج٤. (٣)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى شرح الوجيز ص١٦٥ ج٥ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص١٠٥ ج٥ و جملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة و لم يلزم الكفيل شىء و بهذا قال شريح و الشعبى و حماد بن أبى سليمان و أبوحنيفة و الشافعي رحمهم الله تعالى و قال الحكم و مالك و الليث رحمهم الله تعالى يجب على الكفيل غرم ما عليه و حكى ذلك عن ابن سريج. (٤)تسقط الكفالة الخ و فى البحر ص٣٥٤ ج٦ و فى الكرخى فى =>

و ماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال و لو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل و إن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال و من كفل بنفس آخر و لم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه

و ماله) أي و مال الكفيل (لا يصلح لإيفاء هذا الواجب) و هو الإحضار و تسليم المكفول به حاصله أنه لا يؤدي ما على المكفول به من تركة الكفيل لأنه ما التزم بأداء المال و إنما التزم بتسليم النفس و المال لا يصلح وفاء لهذا الواجب و به قال أحمد و الشعبي و شريح و حماد بن أبي سليمان و الشافعي رحمهم الله تعالى في أصح الوجهين و قال مالك و الليث رحمهما الله تعالى يلزمه ما عليه و به قال ابن سريجؒ من أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى (بخلاف الكفيل بالمال) إذا مات حيث يؤدي المال من تركته إذ المقصود هنا إيفاء حق المكفول له بالمال و مال الكفيل صالح له فلا تبطل الكفالة فيؤخذ المال من تركته و يرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حال الحياة و لو كان الدين مؤجلاً و مات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً و لكن ورثته ترجع على الذى عليه الأصل بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق الأصيل لبقاء حاجته أما الكفيل فقد استغنى عن الأجل بالموت كذا في المبسوط (١) و بقولنا قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى و عن (٢) زفرؒ أن للورثة مطالبته حالاً لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته قلنا إنه دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل (و لو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل) لقيامه مقام المكفول له (و إن لم يكن) أي الوصى (فلوارثه) المطالبة (لقيامه) أي لقيام الوارث (مقام الميت) و يجوز أن يكون الضمير في لقيامه راجعاً إلى كل واحد من الوصي و الوارث لأن كلا منهما يقوم مقام الميت (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من (٣) كفل بنفس آخر) بالإضافة (و لم يقل) أي و الحال أنه لم يقل (إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه (٤) اليه فهو بريء لأنه) أي لأن دفع المكفول به إلى الطالب كذا قاله الكاكيؒ

=> باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال إنها لا تبطل بموت الكفيل و يطالب وارثه باحضاره كذا فى السراج الوهاج. (١)المبسوط للسرخسيؒ ص ٣٠ ج ٢٠. (٢)و عن زفرؒ الخ. و فى فتح القدير ص ٢٩٠ ج ٦ و عن زفرؒ لا يحل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضا. (٣)و من كفل الخ قال الفقيه أبوالليثؒ انما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى أن يستوفى حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار كذا فى فتح القدير. (٤)فدفعه الخ أطلقه فشمل ما اذا قال سلمته إليه بجهة الكفالة أو لا ان طلبه منه و أما اذا لم يطلبه منه فلا بد أن يقول لك و اذا أقر الطالب بقبض المكفول برئ الكفيل و لا يحتاج فيه الى النص =>

موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه و لا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين و لو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع و كذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه قال فإن تكفل بنفسه على انه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه و هو ألف

و قال (١) الأكملُ لأنه يعني البرائة و ذكره لتذكير الخبر و هو قوله (موجب التصرف فيثبت أي الموجب (بدون التنصيص عليه) كثبوت الملك بالشراء و إن لم يصرح به و كحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجبه و كذا في سائر الموجبات (و لا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين) يعني اذا سلم المديون الدين للدائن و لا مانع من القبض برىء و ان لم يقبضه كالغاصب إذا رد المغصوب على المالك و البائع إذا سلم المبيع إلى المشترى و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى لزمه القبول و لو امتنع من القبول قال بعض أصحابه يرفع الأمر إلى القاضي و يسلمه حتى يبرأ (و لو سلم المكفول به نفسه من (٢) كفالته صح) هذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعاً على ما تقدم (لأنه) أي لأن المكفول به (مطالب بالخصومة) أي بخصومة المدعي و في بعض النسخ مطالب بالحضور و قال الأترازيّ مطالب صح بفتح اللام سماعا قلت و كذا قال شيخنا العلاءُ بفتح اللام (فكان له ولاية الدفع) أي دفع الخصومة (و كذا) أي و كذا صح (إذا سلمه إليه) أى إذا سلم المكفول به إلى المكفول له (وكيل الكفيل أو رسوله) أي أو سلمه إليه رسول (٣) الكفيل (لقيامهما) أي لقيام وكيل الكفيل و رسوله (مقامه) أي مقام الكفيل (قال) أي القدوريّ (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به) أي إن لم يأت به و هو من الموافاة و هو مفاعلة من الوفاء (إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه و هو ألف) و قال الكاكيّ و التقييد بما عليه مفيد لأنه إذا لم يقل لما عليه لا يلزمه شيء عند عدم الموافاة على قول محمد رحمه الله تعالى خلافا لهما و سيجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى و قال الكاكيّ أيضاً و التقييد بقوله و هو ألف غير مفيد لأنه إذا قال ما عليه و لم يسم كم هو جاز لأن جهالة

=> لأن الظاهر أنه لا يقر إلا باستيفاء حقه و لو سلم الكفيل المكفول الى الطالب فأبى أن يقبله أجبر على قبوله بمعنى أنه ينزل قابضا كالغاصب اذا رد العين و المديون اذا دفع الدين بخلاف ما اذا سلمه فضولي فانه لا يجبر كما اذا قضى الدين فضولي أي غير مامور بذلك كذا في البحر ص٣٥٥ ج٦. (١)قال الأكملُ في العناية ص ٢٩٠ ج٦. (٢)من كفالته. قيد بهذا لأنه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول سلمت نفسي اليك من الكفالة كذا في البحر. (٣)رسول الكفيل أقول و كذا الحكم اذا سلمه إليه كفيل الكفيل كما في البحر معزيا إلى التتارخانية.

فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة و هذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال و لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثق و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع و لنا أنه يشبه البيع و يشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق

المكفول به لا تمنع صحتها لأنها مبنية على التوسع كضمان الدرك و ضمان الشجة فإنه يصح مع انه مجهول لا يعلم أنها تسري إلى النفس أم لا (فلم يحضره) أي الألف (إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة و هذا التعليق صحيح) لأنه متعارف بين الناس و إن كان القياس يأباه كما لو اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع (فاذا وجد الشرط لزمه المال و لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي (١) الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما) أي لأن كل واحد من الكفالتين شرع (للتوثق) فيجوز أن يدعي عليه ديناً آخر (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تصح) ذكر في المبسوط موضع الشافعي رحمه الله تعالى ابن أبي ليلىؒ (هذه الكفالة) إنما قيد بقوله هذه الكفالة للاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون التعليق بالشرط لا للإحتراز عن الكفالة بالنفس فإن عنده كلتاهما باطلتان كذا ذكره قاضى خان و المرغيناني رحمهما الله تعالى و قال الكاكيؒ و الصحيح عنه أن الكفالة بالنفس صحيحة و تبطل الكفالة بالمال فقط و يفهم ذلك من كتبهم و تعليل الكتاب أيضاً يدل عليه (لأنه) أي لأن هذا التعليق و في بعض النسخ هذه الكفالة لأنها (تعليق سبب وجوب المال بالخطر) أراد بالسبب الكفالة بالمال لأنها سبب وجوب المال فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب وجوب المال فلا يصح لأن المال لا يحتمل التعليق بالخطر لإفضائه إلى معنى القمار (فأشبه البيع) أي تعليق البيع بالمال و صار كما إذا قال إن دخلت الدار فأنا كفيل بما لك على فلان (و لنا أنه) أي أن عقد الكفالة (يشبه البيع) أي انتهاء من حيث أن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان بأمره (و يشبه النذر) أي ابتداء (من حيث أنه التزام) يعني التزام شيء غير لازم فعملنا بالشبهين (فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق

---

(١) لا ينافي الخ. تقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل إلا بما ينافيها من التسليم أو إبراء أو موت و ليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما و لأن كلا منهما للتوثق فلا تبطلها و كيف تبطلها و قد يكون له عليه مطالبات أخرى و إبطالها يفضى إلى الضرر بالمكفول له و هو مدفوع و عورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس و وجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه كما في خصال الكفارة و أجيب بأن بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر كذا في العناية.

الشرط كهبوب الريح و نحوه و يصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين و التعليق بعدم الموافاة متعارف و من كفل بنفس رجل و قال إن لم يواف به غداً فعليه المال فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط و هو عدم الموافاة قال و من ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى إن لم يبينها حتى تكفل به

الشرط) عملاً بشبه البيع (كهبوب الريح و نحوه) أراد به دخول الدار و مجيء المطر (و يصح بشرط متعارف) عملاً بشبه النذر (عملاً بالشبهين و التعليق بعدم الموافاة متعارف) و بدخول الدار غير متعارف (و من كفل بنفس رجل و قال إن لم يواف به غداً فعليه المال فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط و هو عدم الموافاة) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالكفول به و قد تحقق الشرط فيوجب المال فإن قيل هذه المسألة عين الأولى غير أن في الأولى لم يذكر موت المكفول به و ههنا ذكره و به لا يقع الفرق إذ لزوم المال بموته لا يتفاوت قلنا بل بينهما فرق و هو أنه لم يذكر في بعض نسخ الجامع لفظ الغد في هذه المسألة فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقاً و هناك مقيد فكان بينهما فرق إذ المطلق غير المقيد و قال الأترازي و الفرق بين هذه المسألة و مسألة القدوري التي تقدمت أن في هذه لم يذكر لفظ الغد في أكثر نسخ الجامع الصغير و لهذا لم يذكره فخر الاسلام و الصدر الشهيد و قاضي خان رحمهم الله تعالى و إنما ذكر بعضهم فكانت مسألة القدوري مقيدة بوقت و هذه مطلقة عنه فحصل الفرق و الوجه الثاني من الفرق أن المكفول به هنا مات قبل الغد و في مسألة القدوري هو حي و لكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسألة الجامع الصغير إزاحة لوهم بعضم الناس انه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة و هو حي و عدم الموافاة و هو ميت فقال لا فرق بينهما بل يجب المال إذا وجد الشرط و هو عدم الموافاة في الوقت (و من ادعى على آخر مائة دينار بينها) أي بين صفة مائة دينار أنها جيدة أو رديئة أو خليفية أو ركنية (أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى) و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى (و قال محمد رحمه الله تعالى إن لم يبينها حتى تكفل به

(١) و به قال احمد رحمه الله تعالى و في المغنى لابن قدامة الحنبلي ص ١٠٠ ج٥. (فصل) و اذا تكفل برجل إلى أجل ان جآء به فيه و إلا لزمه ما عليه صح و به قال أبو حنيفة و أبويوسف رحمهما الله تعالى و قال محمد بن الحسن و الشافعي رحمهما الله تعالى لا تصح الكفالة و لا يلزمه ما عليه.

رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه لأنه علق مالاً مطلقاً بخطر ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه و لا تصح الكفالة على هذا الوجه و إن بينها و لأنه لم يصح (١) الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس و إذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه بخلاف ما إذا بين و لهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه و العادة جرت بالإجمال (٢) في الدعاوى فتصح الدعاوى على اعتبار البيان فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية قال

رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) أي إلى دعوى الطالب و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأنه) أي لأن الكفيل (علق مالاً مطلقاً) أراد بإطلاقه عدم نسبة المائة إلى المال المدعي به حيث لم يقل تكفلت بما لك عليه (بخطر) أي بتردد و هو شرط عدم الموافاة (ألا يرى) توضيح لما قبله (أنه لم ينسبه إلى ما عليه) حيث لم يقل التي لك على فلان (و لا تصح الكفالة على هذا الوجه و إن بينها) أي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطقاً بخطر و إن بين صفة المائة من الجودة و الردائة و الوسط و ذلك لاحتمال أن يلتزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال هكذا ذكر الماتريدي (و لأنه لم تصح الدعوى) هذا وجه آخر منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي (من غير بيان فلا يجب إحضار النفس) إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى بجهالة المدعى به (و إذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه) أي لأن عقد الكفالة بالمال بناء على عقد الكفال بالنفس و هذا يوجب أن تصح الكفالة بالنفس إذا بين المال و هو معنى قوله (بخلاف ما إذا بين) أي المال حيث تصح الكفالة بالنفس (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه) يعني أن المال في قول الكفيل ذكر معرفاً حيث قال إن لم يواف به غداً فعليه المائة فينصرف المائة إلى ما على الأصيل لأنه هو المعهود (و العادة جرت بالإجمال في الدعاوى) أي العادة جرت بين الناس أنهم يحملون الدعوى أولاً في غير مجلس القاضي و بينوه عند القاضي دفعاً لحيل الخصوم و صرفاً لكلامهم إلى وقت الحاجة فإذا كان كذلك (فتصح الدعوى على اعتبار البيان) من جهته (فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى) يعني إلى إبتداء الدعوى فإذا كان كذلك (فتبين صحة الكفالة الأولى) و هي الكفالة بالنفس (فيترتب عليها الثانية) أي الكفالة الثانية و هي الكفالة بالمال و يكون القول له في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة و الكفيل يدعي الفساد (قال) أي

---

(١) لم يصح –ن– لم تصح. (٢) بالاجال –ن– باجمال.

و لا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود و القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى معناه لا يجبر عليها عنده

القدوري (و لا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود و القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) إلى هنا لفظ القدوري و قوله (معناه لا يجبر عليها عنده) من كلام المصنف أي معنى قول القدوري لا يجوز الكفالة بالنفس لا يجبر من عليه الحد أو القصاص على الكفالة حاصل الكلام من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب المدعى منه كفيلا بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالي و على هذا يكون معنى قوله و لا يجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف و إسناد الجواز إلى الكفالة مجاز و قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير معنى قول محمد رحمه الله تعالى لا كفالة في الحدود و القصاص أن القاضي لا يفعل ذلك لأن فيه احتيالاً للاثبات و الشرع أمر بالدرء و هو خلافه ثم قال فخر الإسلام و هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ذكر الشيخ الإمام علاء الدين الاسبيجابي في أول باب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف و حد السرقة و من عليه القصاص في النفس و ما دون النفس يصح و إنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع و في القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عند صاحبيه رحمهما الله تعالى يجبر و في الشامل و في القصاص و حد القذف و السرقة جازت الكفالة بالنفس و لا تجوز الكفالة بنفس الحد و فيه أيضاً لا تجوز كفالة في قصاص و حد و يقول القاضي لمدعي القذف ألزمه إلى قيامي إن كانت بينتك حاضرة هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال و الخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة فإنه لو كفل انسان صح و ذكر الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود و القصاص جائزة في قولهم جميعاً اذا بذلها المطلوب بنفسه و لكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يأخذ القاضي منه كفيلا و لكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفى كذا ذكر صاحب التحفة ثم لا يحبسه القاضي في الحدود و القصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنا أو قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهاد من العدد و العدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول و قد صح أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة بخلاف الأموال حيث لا يحبس فيها بشهادة الواحد و في شرح الأقطع فإن قيل فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يحبس و التوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفيل قيل له

و قالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد و في القصاص لأنه خالص حق العبد

ليس الحبس للتوثق و إنما هو للتهمة و الحبس بها واجب و نقل الناطفي في أجناسه عن نوادر ابن رستم في التعزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود و يفصل فيه الشهادة على الشهادة و شهادة النساء مع الرجال و يجوز فيه العفو و تصح فيه الكفالة و هو حق الآدمي و في النوادر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر و يشربه و يترك الصلاة أحبسه و أؤدبه ثم أخرجه و من يتهم بالقتل و السرقة و ضرب الناس فإني أحبسه و أخلده في السجن إلى أن يتوب لأن شر هذا على الناس و شر الأول على نفسه و بقول (١) أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا الباب قال أحمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و هو قول أكثر أهل العلم (و قالا يجبر في حد القذف) أي قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى يجبر المدعي عليه في حد القذف على الكفالة و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و عن مالك رحمه الله تعالى مثله (لأن فيه) أي في حد القذف (حق العبد) و لهذا يشترط الدعوى فيه و إن كان الغالب حق الله تعالى و المدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود و بين المطلوب و المطلوب قد يخفى نفسه فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلا و ألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما و في الجواز بغير الجبر على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه من الحقوق التي يتعلق بها حق العباد و قال المرغيناني ليس تفسير الجبر هنا الحبس لكن يأمره بالملازمة و ليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب فإذا انتهى إلى باب الدار و أراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فان أذن له يدخل معه و يسكن حيث يسكن و إن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره و يمنعه من الدخول (و في القصاص) أي يجبر في القصاص أيضاً (لأنه خالص حق العبد) فيجري الجبر في أخذ الكفيل كما في سائر حقوقه و قال الأترازي و فيه نظر لأن القصاص مما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى من حيث إخلاء العالم عن الفساد و حق العبد من حث يشفي الصدور و لكن حق

(١) و بقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٩٧ ج٥. (فصل) و لا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء كان حقا لله تعالى كحد الزنا و السرقة أو لآدمي كحد القذف و القصاص و هذا قول اكثر اهل العلم منهم شريح و الحسن رحمهما الله تعالى و به قال اسحاق و أبوعبيد و أبوثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في حدود الله تعالى و اختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حدود الآدمي و لا لعان و قال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد اه.

بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة و السلام لا كفالة في حد من غير فصل و لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فلو سمحت نفسه به يصح بالإجماع

العبد فيه غالب لصحة الإعتياض و العفو (بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى) أراد بها حد الزنا و شرب الخمر يعني لا يجوز الكفالة فيها بالإتفاق (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (لا كفالة في حد) قال (١) الأكملُ قيل هذا من كلام شريحٌ لا من كلام النبي ﷺ ذكره الخصافُ في أدب القاضي عن شريحٌ و قال الصدر الشهيدُ في أدب القاضي روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ و كذا قاله الأترازيُ بعينه ثم قال في آخره و لنا في رفعه نظر قلت هذا أخرجه (٢) البيهقيُّ في سننه عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال لا كفالة في حد و قال تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي و هو من مشايخ بقية المجهولين و رواياته منكرة انتهى و رواه (٣) ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي فاعله به و قال انه مجهول لا أعلم انه روي عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين و أحاديثه منكرة غير محفوظة (من غير فصل) يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد و بين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود (و لأن مبنى الكل على الدرء) أي كل الحد على الدفع (فلا يجب فيها (٤) الاستيثاق) يعني بالتكفيل فإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به قال في جامع البرهاني يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس فإن أحضر البينة فبها و إلا خلي سبيله هذا إذا لم يقم شاهداً عدلاً أو شاهدين مستورين فإن أقام يحبس لا للتكفيل بل للتهمة (بخلاف سائر الحقوق) حيث يجب فيها الإستيثاق بالتكفيل (لأنها لا تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير) أي يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيما يجب فيه التعزير لأنه محض حق العبد يسقط باسقاطه و يثبت مع الشبهات و بالشهادة على الشهادة و يحلف فيه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالأموال (فلو سمحت نفسه به) أي نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه يعني لو تبرع بإعطاء الكفيل و سامح في ذلك نفس المطلوب و بذل الكفيل في القصاص و حد القذف و السرقة (يصح) أي الكفالة (بالإجماع) و في

---

(١) قال الأكملُ في العناية ص ٢٩٥ ج ٦. (٢) أخرجه البيهقيُّ في الضمان باب ما جآء في الكفالة ببدن من عليه حق ص ٧٧ ج ٦. (٣) رواه ابن عديٌ الخ. كذا في نصب الراية ص ٥٩ ج ٤. (٤) فيها أي في الحدود.

لأنه امكن ترتيب موجبه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال و لا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي لأن الحبس للتهمة ههنا و التهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة إما العدد أو العدالة بخلاف الحبس

الخبازية هذا في حد فيه حق للعبد كحد القذف أما في حد ليس للعبد فيه حق لا يجوز الكفالة و إن سمحت به نفسه (لأنه أمكن ترتيب موجبه) أي موجب التكفيل و هو التزام المطالبة (عليه) أي على الكفيل و قال تاج الشريعة أي موجب عقد الكفالة و هو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة (لأن تسليم النفس فيها) أي في الحدود و يروى فيهما بضمير التثنية أي في حد القذف و القصاص (واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) و هو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير و ليس في كثير من النسخ لفظ قال (و لا يحبس فيها) أي في الحدود و في بعض النسخ فيهما أي في حد القذف و القصاص (حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أي يعرفه كونه عدلاً قيد به لأنه لو كان مجهولاً لا يحبسه (لأن الحبس للتهمة ههنا) التهمة بضم التاء و فتح الهاء و يجوز بالإسكان أيضاً و قال (١) ابن الأثير التهمة فعلة من الوهم و التاء بدل من الواو و قد تفتح الهاء و اتهمته أي ظننت فيه ما نسب إليه من (٢) وهمت الشيء أهمه وهماً من باب ضرب أي وقع في خلدي و الوهم ما يقع في القلب من الخاطر و المعنى أن الحبس لتهمة الفساد لا لاثبات المدعي و شهادة المستورين تصلح لاثبات الحكم فتصلح لاثبات التهمة و خبر الواحد حجة في الديانات و المعاملات فيثبت بشهادة الواحد العدل التهمة و إن لم يثبت به أصل الحق و الحبس بتهمة الفساد مشروع لما روى (٣) بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ أنه حبس رجلا بالتهمة (و التهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة) العدد اثنان و العدالة في الواحد و قد مر أن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد و هو من الديانات فيثبت بأحد شطريها (بخلاف الحبس

(١) قال ابن الأثير في النهاية ص ٢٠١ ج ١. (٢) من وهمت الخ. كذا فى المغرب مادة وهم ص ٣٧٤ ج ٢. و فى لسان العرب ص ٦٤٤ ج ١٢ التهمة (بالتحريك): أصلها الوهمة (بالتحريك) من الوهم. ابن سيدة: التهمة الظن تاؤه مبدلة من واو كما أبدلوها فى تخمة. سيبويه: الجمع تهم (بضم التا و فتح الهاء) و استدل على أنه جمع مكسر بقول العرب: هى التهم و لم يقولوا هو التهم كما قالوا هو الرطب حيث لم يجعلوا الرطب تكسيرا انما هو من باب شعيرة و شعير اه ملخصا. (٣) لما روى الخ. رواه ابوداود فى القضاء باب فى الدين هل يحبس به ص ١٥٥ ج ٢ و الترمذى فى الديات باب ما جآء فى الحبس فى التهمة ص ١٧٠ ج ١ و قال حديث حسن و النسائى فى قطع السارق باب امتحان السارق بالضرب و الحبس ص ٢٥٤ ج ٢.

في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة و ذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود و القصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة. قال و الرهن و الكفالة جائزان في الخراج لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال و من أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب

في باب الأموال) حيث لا يحبس فيه بشهادة الواحد (لأنه) أي لأن الحبس (أقصى عقوبة فيه) أي في باب الأموال (فلا يثبت إلا بحجة كاملة) فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوته أما في الحدود و القصاص أقصى العقوبة القتل أو الضرب و الحبس نوع عقوبة فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد و القصاص (و ذكر) على صيغة المجهول (في أدب القاضي (١) ان على قولهما) أي على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (لا يحبس في الحدود (٢) و القصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة) يعني ان عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود و القصاص لم تقع الحاجة إلى الحبس لأن الاستيثاق يحصل بالكفالة و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا كفالة فيها جبراً فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و الرهن و الكفالة جائزان في الخراج (٣) لأنه) أي لأن الخراج (دين مطالب به) ألا ترى أنه يحبس به و يلازم لأجله و يمنع وجوب الزكاة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون كذا في الفوائد الظهيرية فإن قيل يشكل على هذا الزكاة فإنه دين مطالب من جهة العباد في الأموال الظاهرة الإمام و في الباطنة نائبه و هو المالك كما مر في الزكاة و لا يجوز الكفالة بدين الزكاة قلنا قال التمرتاشي إنما لا يصح لأن الزكاة ليست بدين بل هو تمليك المال و لهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج فإنه يؤخذ من تركته (ممكن الاستيفاء) راجع إلى الرهن لأن الرهن توثيق لجانب الإستيفاء فهذا من باب اللف و النشر الغير المرتب لأن قوله دين يطالب به يرجع إلى الكفالة (فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) المراد بالعقد الكفالة و الرهن و موجب الكفالة كونها مشروعة لتحمل المطالبة و موجب الرهن كونه مشروعاً بمضمون يمكن استيفاؤه من الرهن و الضمير في عليه يرجع إلى الخراج و في فيهما يرجع إلى الرهن و الكفالة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب) أي الطالب

---

(١)في أدب القاضي أي في المبسوط في باب أدب القاضي. (٢)في الحدود أي التي فيها حق العبد كحد القذف.
(٣)في الخراج الخ انما اورد الخراج لأنه في حكم الصلاة دون الديون المطلقة و وجوبه لحق الشرع كالزكاة فكان ينبغي أن لا تصح الكفالة أو الرهن به و لكن في حكم المطالبة بالايماء و الحبس فيه هو بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة و الرهن به و المراد به الخراج الموظف كذا في الكفاية.

فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان لأن موجبه التزام المطالبة و هي متعددة و المقصود التوثق و بالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان و أما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المفكول به أو مجهولاً

و هو رب الدين (و أخذ منه) أي من المطلوب و هو المديون (كفيلا آخر فهما) أي الأول و الثاني (كفيلان لأن موجبه) أي موجب الكفالة (إلتزام المطالبة و هي متعددة) ألا ترى أنهما لو كفلا جميعاً معا بنفسه جاز فكذا إذا كفلا على التعاقب ثم لو سلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب بريء هو دون الآخر و ليس هذا كالدين فإنه لو قضى أحد الكفيلين الدين يبرآن و في التفاريق و الكفلاء الثلاثة في العقد الواحد أيهم سلم الأصيل كان كتسليمهم و في الشافي ثلاثة كفلوا بألف يطالب كل واحد بثلث الألف و إن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة المرغيناني و التمرتاشي رحمهما الله تعالى و مذهب الشافعي رحمه الله تعالى لا يتأتي هنا لأن الكفالة بالنفس عنده لا يصح كذا قاله الأترازيّ و في قول ابن أبي ليلىّ بريء الكفيل الأول (و المقصود) من عقد الكفالة (التوثق و بالثانية) أي و بالكفالة الثانية (يزداد التوثق فلا يتنافيان) أي الكفالتان فإن قيل لما أخذ الطالب المطلوب و أخذ منه كفيلا فقد صار مستوفياً للنفس حين صارت في يده فلم لا يبرأ الكفيل الأول بمنزلة الكفيل بالدين إذا أخذ الطالب من المطلوب الدين بريء الكفيل قيل له لأن الطالب إذا أخذ الدين لم يبق له حق و ههنا حقه باق و تسليم النفس اليه يحتاج إليه في كل وقت حتى يستخرج حقه انتهى قلت نفس السؤال دليل ابن أبي ليلىّ على قوله بريء الكفيل الأول و الجواب جواب عنه فافهم لما قسم المصنفّ الكفالة على قسمين كفالة بالنفس و كفالة بالمال و بين الأول شرع في بيان الثاني بقوله و أما الكفالة بالمال فجائزة (١) معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً) (٢) و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز إذا كان مجهولاً و صورة المعلوم مثل قوله تكفلت عنه بألف و صورة المجهول مثل قوله تكفلت

---

(١)فجائزة. و في البحر ص٣٦٣ ج٦. و أطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرا كان أو عبدا ماذونا أو محجورا صبيا أو بالغا رجلا أو إمرأة مسلما كان أو ذميا و كل من له المال لكن في البزازية: الكفالة للصبى التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه و للصبى العاقل غير التاجر روايتان اه. و في المنحة على البحر: قوله: (لكن في البزازية الخ) و في احكامات جامع الفصولين: كفل رجل لصبى لو كان الصبى تاجرا صحت الكفالة و لوخاطب عنه أجنبي و قبل عنه توقفت على إجازة وليه فان لم يخاطب أجنبي و لا وليه و انما خاطب الصبى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تصح و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تصح اه. (٢)مجهولاً. قيد بجهالة المال للاحتراز عن جهالة الأصيل و المكفول له فانها مانعة كذا في البحر.

إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة و على الكفالة بالدرك إجماع و كفى به حجة و صار كما إذا كفل بشجة صحت الكفالة و إن احتملت السراية و الإقتصار و شرط

عنه بما لك عليه و الآن بينه المصنف رحمه الله تعالى ولكن فيه شرط عندنا أشار إليه بقوله (إذا كان ديناً صحيحاً) احترز به عن بدل الكتابة و يجيء الآن أيضاً (مثل أن يقول تكفلت عنه بألف) هذا صورة المعلوم (أو بما لك عليه) أي أو يقول تكفلت عنه بما لك عليه و هذا هو صورة المجهول (أو بما يدركك في هذا البيع) أي أو يقول تكفلت عنه بما يدركك من العوارض في هذا البيع (لأن مبنى الكفالة على التوسع) لأنها تبرع ابتداء (فيتحمل فيها) أي في الكفالة (الجهالة) أي جهالة المكفول به و بقولنا قال (١) مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في القديم و قال في الجديد لا يصح ضمان المجهول و هو قول الليث و الثوري و ابن أبي ليلى و ابن المنذر رحمهم الله تعالى لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن في البيع و لنا (٢) قوله تعالى ﴿و لمن (٣) جآء به حمل بعير و أنا به زعيم﴾ لان حمل البعير يختلف باختلاف البعير و عموم قوله عليه الصلاة و السلام الزعيم غارم (و على الكفالة بالدرك إجماع) قوله إجماع مبتدأ مؤخر و قوله على الكفالة بالدرك خبر مقدم و أراد به زيادة الإيضاح على صحة الكفالة بجهالة المكفول به فإنه يصح بالاجماع و في الأقطع و نص الشافعي رحمه الله تعالى على جواز ضمان الدرك و هو عبارة عن ضمان الاستحقاق و هو مجهول و هو أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد و الدرك بتحريك الراء و تسكينها التبعة يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه فإن قيل هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال ضمنت لك بعض مالك على فلان فقيل له هذا يصح عندنا و الخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار شآء (و كفى به) أي بالاجماع (حجة) و الاجماع من أقوى الحجج (و صار) أي حكم هذا المذكور (كما إذا كفل بشجة) أي خطأ (صحت الكفالة) مع أن فيها جهالة (و إن احتملت السراية) إلى النفس (أو الاقتصار) عليه بدون السراية بخلاف الكفالة بشجة عمداً لان فيها القصاص و لا تصح الكفالة بالقصاص (و شرط) أي القدوري

(١)و بقولنا قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كما فى فتح القدير ص٢٩٨ ج٦ و المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٧٢ ج٥. (٢)و لنا قوله تعالى الخ. و فى فتح القدير: و أما الإستدلال بقوله تعالى و لمن جآء به حمل بعير و أنا به زعيم على أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه الله تعالى و لم يعقبه بانكار فيمكن أن يدعى أن حمل البعير كان مقدارا معينا كما يتعارف فى زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل فلا يتم الاستدلال به. (٣)و لمن جآء الآية. يوسف: ٧٢.

أن يكون ديناً صحيحاً و مراده أن لا يكون بدل الكتابة و سيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى قال و المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل و إن شاء طالب كفيله لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة و ذلك يقتضي قيام الأول

(أن يكون) المكفول به (ديناً (١) صحيحاً) و ذلك في قوله و أما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً و هذا لفظ القدوري في مختصره (و مراده) أي مراد القدوري من قوله إذا كان ديناً صحيحاً (أن لا يكون بدل الكتابة) لأن (٢) الكفالة ببدل الكتابة لا تصح لأنه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء و بدل الكتابة يسقط بدونهما بتعجيز النفس (و سيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى في موضعه) في كتاب المكاتب (قال) أي القدوري (و المكفول له (٣) بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الاصل) (٤) أي الدين (و إن شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة إلي الذمة في المطالبة و ذلك يقتضي قيام الاول) أي

(١)ديناً صحيحا و فى البحر: و دخل تحت الدين الصحيح بدل العتق فاذا أعتق عبده على مال فكفله به رجل جاز كذا فى البزازية اه و فى الشامية: و دخل فيه المسلم فيه فتصح الكفالة به كما عزاه الحانوتي إلى شرح التكملة و يشترط أيضاً أن يكون الدين قائما. (٢)لأن الكفالة الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص٧٥ ج٥ و لا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين و هو قول الشافعي و اكثر أهل العلم رحمهم الله تعالى و الأخرى يصح و الأولى أصح اه ملخصا و فى البحر: و كذا لا يجوز ببدل السعاية عنده خلافا لهما كذا فى السراج الوهاج مع أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز و كذا لا تصح الكفالة بدين هو على ابن المكاتب أو عبده لأن من دخل فى مكاتبته فهو مكاتب لمولاه كذا فى البزازية اه و فى الشامية: و كذا لا تصح الكفالة بالدية كما فى الخلاصة و البزازية و فى الظهيرية و اعلم أن الكفالة ببدل الكتابة و الدية لا تصح اه و نقلها فى التتارخانية عن الظهيرية و لم ينقل فيه خلافا و نقلها صاحب النقول عن الخلاصة رملى و لعل وجهه أن الدية ليست دينا حقيقة على العاقلة لأنها انما تجب أولا على القاتل ثم على العاقلة بطريق التحمل و المعاونة و الظاهر أنها لو وجبت فى مال القاتل كما لو كانت باعترافه تصح الكفالة بها فتأمل و فى كافى الحاكم قال ان قتلك فلان خطأ فأنا ضامن لديتك فقتله فلان خطأ فهو ضامن لديته. (٣)و المكفول له الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص ٨١ ج٥ قال و لا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن يعنى أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه و لصاحب الحق مطالبة من شآء منهما في الحياة و بعد الموت و بهذا قال الثورى و الشافعي و أسحاق و أبو عبيد و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و قال أبو ثور الكفالة و الحوالة سواء و كلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه و المحيل و حكى ذلك عن ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و داود رحمهم الله تعالى و حكى عن مالك رحمه الله تعالى فى احدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن إلا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه اه ملخصا. (٤)الأصل و فى النهاية: انما سمى الدين أصلا لأن المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا كذا فى الحواشي.

لا البراءة عنه إلا إذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعاني (١) كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة و لو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر و له أن يطالبهما لأن مقتضاه الضم بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن (٢) التمليك فوضح الفرق قال و يجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي

الذمة الاولى (لا البراءة عنه) أي لا يستدعي البراءة عنها خلافاً لما يقول ابن أبي ليلىّ إن الكفالة توجب براءة الاصيل و قال الكاكيّ قوله و إن شاء طالب الكفيل قول أكثر العلماء و عن مالك رحمه الله تعالى في رواية عنه أنه لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر المطالبة عن الاصيل (إلا إذا شرط فيه البراءة) أي إلا إذا شرط في عقد الكفالة براءة الاصيل (فحينئذ تنعقد) أي الكفالة (حوالة اعتباراً للمعنى) و هو أنه أتى بخاصية الحوالة فإن توى ما على الكفيل يرجع على الاصيل عندنا خلافاً للشافعي و الثوري رحمهما الله تعالى بأحد الأمور الثلاثة و سيجيء بيانه في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى (كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها) أي بالكفالة (المحيل يكون كفالة و لو طالب أحدهما) أي و لو طالب المكفول له أحد الإثنين و هما الكفيل و الأصيل (له أن يطالب الآخر) لأن مطالبة أحدهما لا تسقط مطالبة الآخر (و له أن يطالبهما) أي الكفيل و الأصيل جميعاً (لأن مقتضاه) أي مقتضى عقد الكفالة (الضم) أي ضم الذمة إلى الذمة (بخلاف المالك) أي مالك الشيء الذى غصب منه غاصب و غصب من الغاصب غاصب آخر (إذا اختار تضمين أحد الغاصبين) و هما الغاصب و غاصب الغاصب فليس له أن يضمن الآخر بعد ذلك (لأن اختياره) أي اختيار المالك تضمين (احدهما) أى أحد الغاصبين (يتضمن التمليك منه) أى من الذى اختار تضمينه يعني إذا قضى القاضي بذلك كذا فى المبسوط (فلا يمكنه التمليك من الثاني) أي من الغاصب الثاني لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعاً من اثنين في زمان واحد (أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك) ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر (فوضح الفرق) بين المسألتين (قال) أي القدوريّ (و يجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي) قيد (٣) بقوله فلاناً ليصير المكفول عنه معلوماً إذ

(١) للمعانى -ن- للمعنى. (٢) لا يتضمن -ن- لا تتضمن. (٣) قيد بقوله الخ. و فى فتح القدير ص ٣٠٠ ج٦ و الحاصل ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا و جهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا و جهالة المكفول عنه فى التعليق و الاضافة تمنع صحة الكفالة و فى التنجيز لا تمنع فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له و عنه فى التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له و فرق بين المكفول عنه فى التنجيز و الاضافة =>

و ما ذاب لك عليه فعلي أو ما غصبك فعلي و الأصل فيه قوله تعالى ﴿و لمن جآء به حمل بعير و أنا به زعيم﴾ و الإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع أو لامكان

جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال ما بايعت أحدا من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه و المكفول به فتفاحشت الجهالة بخلاف الأول لأن الجهالة فيه يسيرة متحملة كذا في الإيضاح (و ما ذاب لك) أي أو يقول ما ذاب لك أي ما وجب و ثبت لك (عليه) أي على فلان (فعلي) أي فهو علي و لفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم كذا في المغرب (١) (و ما غصبك) أي أو يقول ما غصب منك فلان (فعلي) أي فهو علي و الياء مشددة في لفظة علي في ثلاث مواضع (و الأصل فيه) أي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة (قوله تعالى ﴿و لمن جآء (٢) به حمل بعير و أنا به زعيم﴾) فإنه يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة إذ حمل البعير مجهول و قد مر بيانه و الأصل فيه أن شرائع من قبلنا تلزمنا اذا قصها الله و رسوله بلا إنكار (و الإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك) و قد مر الكلام فيه عن قريب (ثم الأصل) في هذا الباب (أنه يصح تعليقها) أي تعليق الكفالة (بشرط ملائم لها) أي للكفالة اى لمقتضى عقد الكفالة (مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فأنا ضامن لذلك (أو لامكان

=> حيث يصح في التنجيز دون الاضافة أما الأول فما ذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع و المكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين و لا يصح بدون قبول المشترى و قبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشترى مانعة للبيع و الكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق و العتاق حيث صح من غير قبوله و أمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق و أما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال و التعليق أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك في حق الطالب و انما جوز استحسانا للتعامل و التعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا كان مجهولا يبقى على القياس و حاصل هذا أن المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه. (١) المغرب مادة ذوب ص ٣١٠ ج١. (٢) و لمن جآء به الآية. يوسف: ٧٢. و في الكفاية: فان قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير و هذا القائل كان ضامنا عن نفسه لأنه كان مستأجرا و المستأجر ضامن سواء كان أصيلا أو وكيلا و اذا كان ضامنا للأجرة بحكم العقد لم يتصور أن يكون كفيلا عن غيره فكان معنى قوله و أنا به زعيم أنا ضامن للأجر بحكم الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل و أمكن حمل الآية على الكفالة بأن قال المنادى للعير أن الملك يقول لكم لمن جآء به حمل بعير و أنا كفيل بذلك فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لأن المنادى كان رسولا من جهة الملك و الرسول بالاستئجار يصلح أن يكون كفيلا بالأجر عن المرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لأن الكفالة لا تصح لمجهول إجماعا و المكفول له مجهول هنا قلنا فيه أمران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له و جوازها مضافة إلى سبب وجوب المال فانتساخ الأول لا يدل على انتساخ الثاني و الاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك و هي مضافة الى سبب الوجوب بالاستحقاق.

الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد و هو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة و ما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جآء المطر و كذا إذا جعل واحدا منهما أجلاً إلا أنه يصح (١) الكفالة

الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد و هو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة) أي إذا غاب المكفول عنه عن البلدة فانا ضامن لك بما عليه (و ما ذكر من الشروط) أى فى أصل المسألة مثل ما بايعت و ما ذاب و ما غصبك (فى معنى ما ذكرناه) أي بمنعى الأصل الذى ذكرناه و هو ان كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به (فأما (٢) لا يصح التعليق) أى تعليق الكفالة (بمجرد الشرط) يعني غير ملائم (كقوله إن هبت الريح) فأنا ضامن لك بما عليه (أو جاء المطر) أى إن جاء المطر فأنا كفيل (و كذا) أي و كذا لا يصح الأجل (إذا جعل واحدا منهما أجلاً) يعني إذا جعل هبوب الريح أو مجيء المطر أجلاً للكفالة (إلا (٣) انه تصح الكفالة) و يبطل الأجل

---

(١) يصح -ن- تصح. (٢) فأما لا يصح الخ و فى الشامية ص٢٩٦ ج٤ اعلم ان ههنا مسئلتن احداهما تاجيل الكفالة الي أجل مجهول فان كان مجهولا جهالة متفاحشة كقوله كفلت لك بزيد أو كفلت بمالك عليه الى أن يهب الريح أو الى أن يجيء المطر لا يصح و لكن تثبت الكفالة و يبطل الاجل و مثله الى قدوم زيد و هو غير مكفول به و ان كان مجهولا جهالة غير متفاحشة مثل الى الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة و التاجيل و كذلك الحوالة و مثله الى أن يقدم المكفول به من سفره صرح بذلك كله في كافى الحاكم و كذا فى الفتح و غيره بلا حكاية خلاف و هذا لانزاع فيه المسئلة الثانية تعليق الكفالة بالشرط و هذا لا يخلو اما أن يكون شرطا ملائما أو لا ففي الاول تصح الكفالة و التعليق و قد مر و في الثاني و هو التعليق بشرط غير ملائم مثل أن يقول إذا هبت الريح أو اذا جاء المطر أو اذا قدم فلان الأجنبي فانا كفيل بنفس فلان أو بما لك عليه فالكفالة باطلة كما نقله فى الفتح عن المبسوط و الخانية و صرح به أيضا فى النهاية و المعراج و العناية و شرح الوقاية و مثله فى أجناس الناطفى حيث قال كل موضع أضاف الضمان الى ما هو سبب للزوم المال فذلك جائز و كل موضع أضاف الضمان الى ما ليس بسبب للزوم فذلك باطل كقوله ان هبت الريح فما لك على فلان فعلى اه و جزم بذلك الزيلعي و صاحب البحر و النهر و المنح و لكن وقع فى كثير من الكتب أنه يبطل التعليق و تصح الكفالة و يلزم المال حالا منها حاشية الهداية للخبازى و غاية البيان و كذا الكفاية للبيهقى حيث قال فان قال اذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة و الشرط باطل و المال حال و كذا فى شرح العيون لابى الليث و المختار و وقع اختلاف فى نسخ الهداية و نسخ الكنز ففي بعضها كالاول و فى بعضها كالثاني و قد مال الى الثانى العلامة الطرسوسى فى أنفع الوسائل و أرجع ما مر عن الخانية و غيرها اليه و رد عليه العلامة الشرنبلالى فى رسالة خاصة و ادعى أن ما فى الخبازية مؤول و أرجعه الى ما فى الخانية و غيرها و رد أيضا على قول الدرر ان فى المسئلة قولين أقول و الانصاف ما فى الدرر لان ارتكاب تاويل هذه العبارات و ارجاع بعضها الى البعض يحتاج الى نهاية التكلف و التعسف و الاولى اتباع ما مشى عليه جمهور شراح الهداية و شراح الكنز و غيرهم تبعا للمبسوط و الخانية من بطلان الكفالة. (٣) إلا أنه الخ أقول قوله إلا أنه تصح الخ راجع إلى مسئلة الأجل فقط و لا ينافيه قوله =>

و يجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق و العتاق

(و يجب المال حالاً لان الكفالة لما صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة) و قال الكاكيّ قوله إلا أنه تصح الكفالة إلى آخره إعلم أن في هذا اللفظ نوع اشتباه لانه إن أراد بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ابتداء تعليق الكفالة بالشرط فإن هناك لا يصير كفيلا أصلا ذكره في المبسوط و إن أراد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة فهذا تأجيل و التأجيل غير التعليق ذكره في فتاوى قاضي خان فكيف يصح تعليله بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة إلا ان أراد بالتعليق التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال فحينئذ يصح و قلد المصنفّ في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكرها هكذا و ذكر التعليق و أراد التأجيل و قال (١) الاكملّ هنا و في كلامه نظر من أوجه الاول: أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن الكفالة لا تجوز الثاني: أن قوله و كذا إذا جعل معطوف على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره و كذا لا يصح إذا جعل و لا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذ لم يذكر المصنفّ ثالثاً و الاول لا يجوز إذ لا معنى لقوله و كذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أجلا و الثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة و الثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة و الدليل صحة تعليقها بالشرط و عدم بطلانها بالشروط الفاسدة و مع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض و هو أول المسألة و يمكن أن يجاب عن الاول بأن حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما و المجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة و لا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه و الأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه و عن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو الأجل و تقديره و كما لا يصح التعليق لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً و عن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله و يجب المال حالاً و تقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالآجال الفاسدة كالطلاق و العتاق و مجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما (كالعتاق و الطلاق) أي كما

=> لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الخ لأن المراد به الشرط الملائم كما في الشامية ص٢٩٧ ج٤.

(١) قال الأكملّ في العناية ص٣٠٢ ج٦.

فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به و إن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير و لا ولاية له عليه و يصدق في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه و بغير أمره لإطلاق ما روينا

أن الشرط المجهول في الطلاق و العتاق يبطل و يصح الطلاق و العتاق بأن قال اعتقت عبدي أو قال طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد أو القطاف (فإن قال تكفلت بما لك عليه) أي فإن قال شخص لآخر تكفلت عنه بما لك عليه من المال (فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل) أي ضمن الألف الكفيل (لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه) أي ما على الكفيل (فصح الضمان به) فصار كأنه ضمن بالألف الذي عليه فلزمه ذلك (و إن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به) لأنه مال مجهول لزمه بقوله فالقول قوله كما لو أقر بشيء مجهول (لأنه منكر للزيادة) فالقول قول المنكر مع يمينه كالمدعى عليه بالمال (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك) أي مما يعترف به الكفيل (لم يصدق على كفيله لأنه اقرار على الغير و لا ولاية له عليه و يصدق في حق نفسه لولايته عليها) أي على نفسه و الحاصل أن إقرار المكفول عنه تضمين شيئين أحدهما على نفسه و الآخر على الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه لأن له ولاية على نفسه و لا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه و فى الشامل ما ذاب لك على فلان فهو على أو ما ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب يلزم الكفيل إلا قوله ما قضى عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي و لو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بذل و قال الكاكيّ قوله و لا ولاية له عليه فإن قيل يشكل هذا بما يكفل بما ذاب له على فلان ثم بعد ذلك قال الطالب هو ألفان و قال المطلوب ألف و قال الكفيل لا شيء لك عليه فيلزم هناك على الكفيل ألف التي أقر بها الطالب مع أنه لا ولاية له على الكفيل ذكره فى المبسوط (١) قلنا هذا إيجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقول المطلوب لأنه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه بإقراره فقد صار ملتزماً ذلك بكفالته و هذا استحسان و فى القياس لا يجب على الكفيل شيء كما فى مسألتنا لإنكاره الوجوب على المطلوب كذا فى المبسوط (٢) (قال) أي القدوريّ (و تجوز الكفالة بأمر المكفول عنه و بغير أمره لإطلاق ما روينا) و هو قوله عليه الصلاة

---

(١)المبسوط للسرخسيّ ص١٦ ج٢٠. (٢)المبسوط للسرخسيّ ص١٦ ج٢٠.

و لانه التزام المطالبة و هو تصرف في حق نفسه و فيه نفع الطالب و لا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره و قد رضي به فان كفل بأمره رجع بما أدى عليه لانه قضى دينه بأمره و إن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه

و السلام الزعيم غارم (و لأنه التزام المطالبة و هو تصرف في حق نفسه و فيه نفع الطالب و لا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو) أي الرجوع (عند أمره) أي أمر المطلوب (و قد رضي به) أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه هذا جواب لإشكال يقال لم قلتم إن في الكفالة نفعاً للمكفول عنه و لا ضرر عليه و رجوع الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم انه ضرر مع وجود الرضا بالرجوع (فان تكفل (١) عنه بأمره رجع بما أدى عليه) أى رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع و في النهاية ليس على إطلاق بل مقيد بما إذا كان الآمر و هو المطلوب ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون و يملك التبرع حتى لو كان المطلوب صبياً محجوراً و أمر رجلا بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة و لكن لو أدى الكفيل ما أمره به لا يرجع على الصبي الآمر و كذا الحكم في العبد المحجور ذكره في التحفة و في أحكام الصفار للاستروشني لو كان الصبي مأذوناً له صح أمره و يرجع الكفيل بما أدى عليه بصحة أمره بالاذن و فى شرح الأقطع و هذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا قال إضمن عني لفلان كذا فان قال له إضمن الألف التى لفلان على لم يرجع عليه عند الاداء لأن قوله إضمن يحتمل أن يكون على وجه التبرع و أن يكون غيره فلا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص به فاذا قال إضمن عني دل على الضمان فلزمه و لا يلزم غيره بالشك و لكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى (لأنه قضى دينه بأمره) أي لأن المأمور قضي دين الآمر بأمره فيرجع عليه (و إن (٢) كفل عنه بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه) و به قال (٣) الشافعي و

(١)فان تكفل عنه بأمره الخ. أطلق الأمر فشمل الحقيقي و الحكمي و مثال الحكمي: اذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر إمرأته ثم مات فأخذ من تركته فان للورثة الرجوع فى نصيب الابن لأنه كفالة بأمر الصبى حكما لثبوت الولاية بخلاف ما اذا أدى الأب بنفسه و لم يشهد فانه لا رجوع له لاحتمال أنه أدى تبرعا كما هو العادة بخلاف ما اذا أشهد فان الصريح يفوق الدلالة كذا فى شرح المجمع للمصنف من المهر. و من الأمر الحكمى ما فى تلخيص الجامع الكبير: لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها فبرهن المدعي عليها بالأمر و قضي بها على الكفيل و أدى فانه يرجع على المديون و ان كان مناقضا لكونه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه و قال زفر: لا رجوع لأنه أقر أنه لا حق له حين جحدها اهـ. كذا فى البحر ص ٣٧٤ ج٦. (٢)و ان كفل عنه بغير أمره الخ. و فى البحر ص ٣٧٥ ج٦. أطلقه فشمل ما اذا كفل بغير أمره ثم أجازها لأن الكفالة لزمته و نفذت عليه بغير أمر غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له كما فى الكافى و هذا اذا أجاز بعد المجلس أما اذا أجاز فى المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كذا فى فصول العمادية اهـ و فى المنحة على البحر: قوله (أما اذا أجاز فى المجلس الخ) أى اذا أجازها المطلوب أولا ثم الطالب و ان بالعكس فلا رجوع. (٣)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير =>

و قوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث و كما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف

أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية يرجع كما لو كفل بأمره (و قوله) أي قول القدوري (رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن) لا بما أدى حتى لو كفل بالجياد و أدى الزيوف يجوز للطالب أن يرجع على المطلوب بالجياد و لو كفل بالزيوف و أدى بالجياد رجع بالزيوف (لأنه) أي لأن الكفيل (ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة) يعني اذا ملك الكفيل المكفول به بأن يهب المكفول له الدين الذى في ذمة المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه و يرجع على المكفول عنه بالمكفول به فان (١) قيل هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز و الدين لا يكون في ذمة الكفيل عندنا فكيف يجوز تمليكه بالهبة قلنا هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا تجوز إذا لم يأذنه بقبضه و أما إذا أذنه بقبضه يجوز استحساناً و هنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب فيصح هبته أو يجعل ذلك نقلا للدين منه مقتضى الهبة له فتصير هبة الدين لمن عليه الدين (أو بالارث) بأن مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالأداء (و كما إذا ملكه المحتال عليه) يعني إذا أحال المديون غريمه على رجل ليس للمديون على رجل دين فقبل الحوالة و أدى يرجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك الدين بالأداء كالكفيل (بما ذكرنا في الحوالة) أي في حوالة كفاية المنتهى (بخلاف

=> ص ٣٠٤ ج٦. و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٨٦ ج٥. قال فمتى أدى رجع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل يعني إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه فأما إن قضى الدين متبرعا غيرنا و للرجوع به فلا يرجع بشيء و سواء ضمن بأمره أو بغير أمره فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه و يؤدى بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو أطلق و بهذا قال مالك و الشافعي و أبو يوسف رحمهم الله تعالى و قال ابو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى ان قال اضمن عني و انقد عني رجع عليه و ان قال انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطا له يستقرض منه و يودع عنده و اذا كان مخالطا له رجع استحسانا (الحال الثاني) ضمن بأمره و قضى بغير أمره فله الرجوع أيضا و به قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في أحد الوجوه عنه و الوجه الثاني لا يرجع به. الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع و إلا فلا (الحال الثالث) ضمن بغير أمره و قضى بأمره فله الرجوع أيضا و ظاهر مذهب الشافعي رحمه الله تعالى أنه لا يرجع (الحال الرابع) ضمن بغير أمره و قضى بغير أمره ففيه روايتان (احداهما) يرجع بما أدى و هو قول مالك و عبد الله بن الحسن و اسحاق رحمهم الله تعالى (و الثانية) لا يرجع بشيء و هو قول أبي حنيفة و الشافعي و ابن المنذر رحمهم الله تعالى اه ملخصا. (١)فان قيل الخ. نحوه في فتح القدير ص٣٠٥ ج٦.

المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء و بخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل قال و ليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه

المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء) هذا (١) جواب دخل تقديره الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه و حينئذ لا فرق بينه و بين المأمور بقضاء الدين و المأمور يرجع بما أدى فكذلك الكفيل و توجيهه أن يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن و إنما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو أدى الزيوف عن الجياد و يجوز له ذلك رجع بها دون الجياد لان أداء المأمور به لم يوجد و إن عكس فكذلك لان الامر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها و على هذا فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح (و بخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة) حيث يرجع بما أدى و هو خمسمائة لا بما ضمن و هو الألف (لأنه إسقاط) عن بعض الدين و ليس مبادلة إذ لو جعل مبادلة لكان ربا و إذا كان إسقاطا للبعض (فصار كما إذا أبرأ الكفيل) يعنى عن خمسمائة و أخذ منه خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بما أدى و هو خمسمائة لا بما ضمن و كذا إذا أبرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه فكذا إذا صالح الكفيل إياه على بعض الدين لأنه يرجع بالباقي مطلقاً باعتبار للبعض بالكل (قال) أي القدوري (و ليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه لا يملكه) اي لأن الكفيل لا يملك الدين (قبل الأداء) لأن الكفيل كالمقرض و المقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض (بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما) أي بين الوكيل و الموكل (مبادلة حكمية) ألا ترى أن الملك ينتقل إلى الموكل من جهة الوكيل و لهذا يتحالفان إذا اختلفا في مقدار الثمن و للوكيل بالشراء حبس المبيع إلى استيفاء الثمن فلا تثبت المبادلة الحكمية فكان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري و للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذا الوكيل (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (فإن لوزم) أي الكفيل (بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه) أي حتى يخلص

---

(١) هذا جواب الخ. كذا في العناية ص ٣٠٦ ج ٦.

و كذا إذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله و إذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل لان برائة الاصيل توجب برائة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح و إن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه لأنه تبع و لأن عليه المطالبة و بقاء الدين على الأصيل بدونه جائز

المكفول عنه لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها (و كذا إذا حبس كان له) أي الكفيل (أن يحبسه) أي أن يحبس المكفول عنه (لأنه لحقه) أي لحق الكفيل (ما لحقه من جهته) أي من جهة المكفول عنه (فيعامله بمثله) أي فيعامل الكفيل المكفول عنه بمثل ما عامله و بقولنا قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى إذا كانت الكفالة بأمره و قال الشافعي رحمه الله تعالى في الأصح لا يحبسه (و إذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه) يعني أخذ الذي كان عليه (بريء الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل) بلا خلاف بين الفقهاء بخلاف ما إذا كفل بشرط براءة الأصيل فبراءته لا توجب الكفيل لأنه في معنى الحوالة و الاعتبار للمعاني لا للعبارة (لأن الدين عليه) أي على المكفول عنه (في الصحيح) أي في القول الصحيح و هو احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في الدين فوجب أصل الدين في ذمة الكفيل و قد مر هذا في أول الكتاب (و إن أبرأ الكفيل) أي و إن أبرأ المكفول له الكفيل عن الدين (لم يبرأ (١) الأصيل عنه لانه تبع و لأن عليه المطالبة و بقاء الدين على الأصيل بدونه) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) و في شرح الطحاوي و إذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين و قبل ذلك برىء الأصيل و الكفيل جميعاً لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل و براءة الأصيل إلا أنه اشترط في ذلك قبول الأصيل و موته قبل القبول أو الرد يقوم مقام القبول و لو رده ارتد و دين الطالب على حاله و اختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا قال بعضهم يعود و قال بعضهم لا يعود و لو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبل أو لم يقبل و لا يرجع على الأصيل و لو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع و فى الكفيل حكم ابرائه و الهبة له مختلف ففي الابراء لا يحتاج الى القبول و فى الهبة و الصدقة يحتاج الى القبول و فى الأصيل اتفق حكم الابراء و الهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في الكل و لو كان الابراء و الهبة بعد موته فقبل ورثته صح و لو رد ورثته ارتد

---

(١) (لم يبرأ الأصيل عنه) أي عن الدين (لأنه) أي لأن الكفيل تبع و الأصيل لا يتبع تبعه (و لأن عليه) أي على الكفيل (المطالبة) دون الدين.

و كذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل و لو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل لأن التأخير ابراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخلا فيه أما ههنا فبخلافه فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل و الذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح

و بطل الإبراء عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة و قال محمد رحمه الله تعالى لا يرتد بردهم كما لو ابرأهم في حال حياته ثم مات قبل القبول و الرد (و كذا إذا أخر الطالب عن الأصيل يكون تأخيراً عن الكفيل و لو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل) و هو المكفول عنه و لا نعلم فيه خلافا (لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد) فان قيل الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل و الموقت يرتد برده و برد الأصيل يرتدان كلاهما فكيف يعتبر الموقت بالمؤبد قلنا كلامنا في السقوط و الثبوت أما قبول الارتداد و عدم قبوله حكم آخر سوى ما نحن فيه فلا يلزم من إعتبارهما فى حكم إعتبارهما في جميع الأحكام (بخلاف ما إذا كفل (١) بالمال الحال مؤجلاً) نصب على الحال من قوله كفل (إلى شهر فانه يتأجل (٢) عن الأصيل) و قال (٣) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا يتأجل عن الأصيل بل يتأجل عن الكفيل (لأنه) أي لان الطالب (لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه) لانه أضاف الاجل إلى نفس الدين لانه لا شيء سوى الدين حتى يصرف الاجل فيه فصار التأجيل وصفاً لاجل الدين فيظهر الاجل في حقهما ضرورة (أما ههنا فبخلافه) يعني فيما كفل حالاً ثم أخر عنه الطالب لم يكن ذلك تأخيراً عن الاصيل و في الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين المؤجل إذا أدى قبل حلول الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الأجل (فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برىء الكفيل و الذى عليه الاصل) و هو الدين (لانه أضاف الصلح

---

(١) اذا كفل الخ. أفاد أنه لو كان مؤجلا على الأصيل فكفل به تأخر عنهما بالأولى و ان لم يسم الأجل فى الكفالة كما صرح به فى الكافى و غيره كذا فى الشامية ص ٣٠٥ ج ٤. (٢) يتأجل عن الأصيل. و فى الشامية يستثنى منه ما اذا أضاف الكفيل الأجل الى نفسه بأن قال أجلني أو شرط الطالب وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الأصيل كما ذكره في الفتاوى الهندية و نقل ط عبارتها و يستثنى أيضا ما لو كفل بالقرض مؤجلا إلى سنة مثلا فهو على الكفيل الى الأجل و على الأصيل حال كما فى البحر عن التتارخانية معزيا الى الذخيرة و الغياثية. (٣) قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص ٨٠ ج ٥.

إلى الألف الدين و هي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط و براءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل و يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف و لو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة قال و من قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بأمره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب و انتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارا بالاداء فيرجع و إن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي إلى غيره و ذلك بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء

إلى الالف الدين و هي على الاصيل فبرىء عن خمسمائة لانه إسقاط و براءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل و يرجع) أي الكفيل (على الاصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره) و ان كانت بغير أمره لا يرجع و إن صالحه مطلقاً أو أبرأه بطلت المطالبة عن الكفيل و بقي الحق على الاصيل كذا قال فخر الإسلامّ و غيره (بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر) أي صالح عن ألف هي دراهم على ثوب مثلاً حيث يرجع الكفيل إذا أدى بجميع الالف (لانه (١) مبادلة حكمية) و هو جعل الثوب بدل الألف (فملكه) أي فملك الالف (فيرجع بجميع الالف) هذا نتيجة ملك الالف (و لو كان صالحه عما استوجب بالكفالة) أي ما وجب بالكفالة و هى المطالبة (لا يبرأ الاصيل لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة) لأن هذا فسخ للكفالة لا اسقاط لاصل الدين (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت (٢) إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه) أي معنى ما قاله محمد رحمه الله تعالى من قوله ضمن له مالاً (بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها) من المطلوب و انتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا) أي قوله برئت إلى (اقرارا بالأداء) أي بالإيفاء (فيرجع) فكأنه قال استوفيت منك حقي فإذا أقر الطالب بالإيفاء يرجع الكفيل فكذا هذا (و إن قال) أي الطالب (أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه (٣) براءة لا تنتهي إلي غيره و ذلك) يكون (بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء) لان البراءة في هذه الصورة ابتداؤها

(١)لأنه أي الصلح بجنس آخر كذا فى الفتح. (٢)برئت إليّ. أقول قوله إليّ متعلق بمحذوف حال أى حال كونك مؤديا إليّ كما فى شرح مسكين كذا فى الشامية. (٣)لأنه براءة الخ. أقول الضمير في قوله لأنه راجع إلى ما فى ضمن أبرأتك من البراءة و المعنى لأن البراءة الحاصلة بأبرأتك براءة لا تنتهي كذا فى السعدية على العناية.

و لو قال برئت قال محمد رحمه الله تعالى هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء إليه و الإبراء فيثبت الادنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو مثل الاول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب و إليه الإيفاء دون الإبراء

من الطالب و هذا لا يكون إلا بالإسقاط فاذا أسقط من الكفيل لا يرجع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل (و لو قال برئت) (٣) و لم يقل إلي (قال محمد رحمه الله تعالى هو مثل الثاني) أي مثل قوله أبرتك (لانه يحتمل البراءة بالاداء إليه و الإبراء) أي و يحتمل البراءة بالإبراء فاذا كان كذلك (فيثبت الادنى) و هو البراءة بالإبراء و هو الاسقاط لا البراءة بالأداء و بقوله قالت الثلاثة رحمهم الله تعالى (إذ لا يرجع الكفيل بالشك) هذا نسخة بكلمة اذ لا يرجع و الظاهر أن هذا دليل آخر و هو أنه لا يرجع بالشك لاحتمال الامرين المذكورين فافهم (و قال أبويوسف رحمه الله تعالى هو مثل الأول) و هو قوله برئت إلي من المال (لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب) فانه ذكر حرف الخطاب و هو التاء و ذلك إنما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً (و إليه) أي و إلي المطلوب (الإيفاء دون الإبراء) تقرير هذا أنه أخبر عن البراءة بفعل يتعدى عن المطلوب و هو الكفيل إلي الطالب و ذلك بالإيفاء يكون لانه هو الذي يتعدى من المطلوب إلى الطالب دون الإبراء إذ الإبراء يتعدى من الطالب الى المطلوب و قيل (١) أبوحنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله تعالى في هذه المسألة و كأن المصنفّ اختاره فأخره و هو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولي و ما قاله محمد رحمه الله تعالى إنما يتم إذا كان الاحتمالان على السواء و قد يرجح أحد الاحتمالين و هو البراءة بالقبض لانه كالحقيقة و الآخر كالمجاز و قيل برئت مطاوع أبرأتك فتكون حقيقة أيضاً و اختلف مشايخنا المتأخرونّ فيما إذا قال المدعي عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي قيل يكون إقراراً كما لو قال أبرأني من هذا المال و قيل لا يكون إقرارا لان الدعوى قد تكون حقاً و باطلاً و لو قال الطالب للكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك باجماع الائمة الاربعة رحمهم الله تعالى لان لفظ الحل يستعمل في البراءة

---

(٣)برئت, قيد بقوله "برئت" لأنه لو كتب في الصك برىء الكفيل من الدراهم التي كفل بها كان إقرارا بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت إلي بقضية العرف فان العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا حصلت بالايفاء و ان حصلت بالابراء لا يكتب عليه الصك فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا و لا عرف عند الابراء كذا في فتح القدير. (١)قيل أبو حنيفة رحمه الله تعالى الخ. كذا في العناية.

و قيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لانه هو المجمل قال و لا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك

بالإبراء دون البراءة بالقبض كذا ذكره (٢) المحبوبي (و قيل في جميع ما ذكرنا) من الوجوه الثلاثة (إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل) لأن الاصل في الإجمال الرجوع إلى بيان المجمل فان قيل (١) المجمل ما لا يمكن العمل به إلا بالبيان و ههنا العمل ممكن في الاوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكر في وجوه البيان خصوصاً في الوجه الاول لانه بين أن البراءة التي ابتداؤها من الكفيل و إنتهاؤها إلى الطالب بمنزلة قوله دفعت إلى و قبضته منك فلا يكون فيه إجمال و كذا في الثاني و لهذا لا خلاف فيه أنه أبرأ بدون القبض و في الوجه الثالث رجح محمد رحمه الله تعالى البراءة بالابراء و أبويوسف رحمه الله تعالى البراءة بالأداء فلا يكون مجملاً قيل (٢) في جوابه قوله برئت إلى و إن كان بمنزلة الصريح في حق الإيفاء و القبض من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن قال برئت إلى لاني أبرأتك و إن كان بعيداً عن الاستعمال و ما ذكروه في تعليل الاوجه الثلاثة كله استدلالي لا صريح في الإيفاء و غير الإيفاء و لهذا جعلت الائمة الثلاثة الكل الإبراء بدون الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالنص فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب سقط العمل بالاستدلال و فيه تأمل (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و لا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أراد به الشرط الغير المتعارف كما إذا قال إذا جاء غداً فانت بريء من الكفالة حاصله أن المراد به الشرط المحض الذى لا منفعة للطالب فيه أصلا كدخول الدار و مجيىء الغد لانه غير متعارف أما إذا كان متعارفاً يجوز كله في تعليق الكفالة فانه ذكر في الإيضاح لو كفل بالمال و بالنفس و قال إن و افيتك غداً فأنا بريء من المال فوافاه غداً يبرأ من المال و كذا لو علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض يجوز ذكره في مبسوط شيخ الاسلام (لما فيه) أي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط (من معنى التمليك) و لهذا يرجع الكفيل بما أدى عن المكفول عنه اذا كان

(٢)ذكره المحبوبي. و في البزازية من الدعوى: دعوى البراءة عن الدعوى لا يكون إقرارا بالدعوى عند المتقدمين و خالفهم المتأخرون و دعوى البراءة عن المال إقرار و قول المتقدمين أصح اه كذا في البحر ص٣٨٤ ج٦.

(١)فان قيل المجمل الخ. و في فتح القدير ص ٣١٠ ج٦. و المراد من المجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل و يحتمل المجاز و ان كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت إلىّ معنى لأني أبرتك لا حقيقة المجمل يعنى يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به و يقصد ما ذكرنا من القبض و منهم من يقصد الابراء. (٢)قيل في جوابه الخ. كذا في العناية.

كما في سائر البراءات و يروى أنه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق و لهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بخلاف إبراء الاصيل و كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح (١) الكفالة به كالحدود و القصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر إيجابه عليه و هذا لان العقوبة لا يجري فيها النيابة و إذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون و إن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح

بأمره و التمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائه إلى معنى القمار (كما في سائر البراءات) لا يجوز فيها التعليق بالشرط (و يروي (٢) أنه يصح) أي أن تعليق البراءة من الكفالة بالشرط يصح (لان عليه) أي على الكفيل (المطالبة دون الدين في الصحيح) أي في القول الصحيح من المشايخ فاذا كان كذلك (فكان) أي إبراء الكفيل (إسقاطا محضاً) و الاسقاط المحض يصح تعليقه (كالطلاق) فانه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط (و لهذا) أي و لاجل كونه إسقاطاً محضاً

(لا يرتد الابراء عن الكفيل) بالرد (بخلاف إبراء الأصيل) فانه يرتد بالرد (و كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود و القصاص) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى في مختصره قوله لا يمكن أي لا يصح لان إمكان الضرب أو حز الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعاً و عبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة و قال المصنف رحمه الله تعالى (معناه بنفس الحد) يعني بنفس الحد لا يجوز (لا بنفس من عليه الحد) فان الكفالة بنفس من عليه الحد تجوز (لانه) تعليل لقوله معناه بنفس الحد أي لان الاستيفاء (يتعذر إيجابه عليه) أي على الذي يكفل (و هذا) أي تعذر ايجاب الاستيفاء على الكفيل (لان العقوبة لا تجري فيها النيابة) لعدم حصول المقصود لان المقصود الزجر و هو لا يتحقق بالنائب (و إذا تكفل عن المشتري بالثمن (٣) جاز) هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى إنما جاز الكفالة بالثمن (لانه دين كسائر الديون) أي لأن الثمن دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به كما في سائر الديون و القرض (و إن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) و هذا أيضا لفظ القدوري رحمه الله تعالى

(١) لا تصح –ن– لا يصح. (٢) و يروى الخ. و فى البحر. ظاهره ترجيح عدم بطلانه بناء على الصحيح اه و فى الشامية. قلت و لذا قال في متن المنقى و المختار الصحة اه. و فى فتح القدير: و هو أوجه. (٣) بالثمن و فى البحر و يستثنى من الثمن ما باع به صبى محجور عليه فكفل به رجل أو كفل بالدرك بعد ما قبض الصبى الثمن لم تصح الكفالة لكونه كفل بما ليس بمضمون على الأصيل و ان كفل بالدرك قبل قبض الصبى صحت كذا فى الخانية.

لانه عين مضمون بغيره و هو الثمن و الكفالة بالاعيان المضمونة و إن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى لكن بالإعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً و المقبوض على سوم الشراء

و في بعض النسخ لم يجز (لانه) أي لان المبيع (عين مضمون بغيره و هو الثمن) و لا يمكن أداؤه عن الكفيل إذا هلك فانه لو هلكت العين سقط الثمن (و الكفالة بالاعيان المضمونة) الاعيان (١) على نوعين أمانة و مضمونة و الكفالة بالامانة لا تصح كالودائع و العواري و مال المضاربة و الشركة و العين المستأجرة غير أن العارية و العين المستأجرة واجبة الرد إن كان لها حمل و مؤنة بخلاف الودائع و مال المضاربة و الشركة فانها ليست بواجبة الرد بل الواجب التخلية فلو كفل بتسليم العارية و المستأجرة صح أما الاعيان المضمونة فعلى نوعين: الاول: ما كان مضموناً بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كان باقية و رد قيمتها أو مثلها إن هلكت فتصح الكفالة بها و هي كالعين المغصوبة و المقبوض على سوم الشراء و المبيع بيعاً فاسداً و الثاني: ما كان غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع و المرهون في يد المرتهن لان المبيع مضمون بالثمن و الرهن مضمون بالدين فلا تصح الكفالة به و إذا تكفل بتسليم المبيع صح و قال تاج الشريعة كون الشيء مضموناً بنفسه أن لا يزول عنه الضمان أصلاً كالمقبوض على سوم الشراء و المغصوب فانه يجب رد عينه أو قيمته و الاعيان المضمونة بغيرها ليست كذلك إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك للمالك و ينفسخ البيع و الانسان لا يضمن مال نفسه (و إن كانت تصح عندنا) كلمة إن واصلة بما قبلها (خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) فان عنده في وجه لا تصح الكفالة بالاعيان مطلقا لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة (لكن بالاعيان المضمونة بنفسها) هذا في محل الخبر عن قوله و الكفالة بالاعيان المضمونة يعني الكفالة بالأعيان المضمونة إنما تصح إذا كانت مضمونة بنفسها لا مطلقاً و مثل لذلك بقوله (كالمبيع (٢) بيعاً فاسداً و المقبوض على سوم الشراء

(١) الأعيان الخ. و في الشامية ص ٢٩٨ ج ٤. اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصيل أو أمانة. فالثاني كالوديعة و مال المضاربة و الشركة و العارية و المستأجر في يد المستأجر و المضمونة اما بغيرها كالمبيع قبل القبض و الرهن فانهما مضمونان بالثمن و الدين و اما بنفسها كالمبيع فاسدا و المقبوض على سوم الشراء و المغصوب و نحوه مما تجب قيمته عند الهلاك و هذا تصح الكفالة به دون الأولين لفقد شرطها و هو أن يكون المكفول مضمونا على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع عينه أو بدله هذا خلاصة ما في البحر و غيره. (٢) كالمبيع الخ. و في البحر ص ٣٨٧ ج ٦. و مما تصح به الكفالة من الأعيان بدل الصلح عن الدم لو كان عبدا فكفل به انسان صحت فان هلك قبل القبض فعليه قيمته و منها المهر و بدل الخلع لأن هذه الأشياء لا تبطل بهلاك العين كذا في الخانية.

و المغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع و المرهون و لا بما كان أمانة كالوديعة و المستعار و المستأجر و مال المضاربة و الشركة و لو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجباً و من استأجر دابة للحمل عليها فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه و إن كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه

و المغصوب لا بما كان) يعني لا تصح الكفالة بما كان (مضموناً بغيره كالمبيع) فانه مضمون بالثمن (و المرهون) فانه مضمون بالدين (و لا بما كان) أي و لا تصح الكفالة أيضاً بالشيء يكون (أمانة كالوديعة و المستأجر و المستعار و مال المضاربة و الشركة) و قد ذكرنا الجميع آنفا (و لو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد البقض) أي قبض الدين (إلى الراهن أو بتسليم المستأجر) بفتح الجيم (إلى المستأجر) بكسرها (جاز لانه التزم فعلا واجباً) أي لان الكفيل التزم فعلا واجباً على الاصيل و هو تسليم المبيع و المرهون و المستأجر فلو هلك المبيع أو المرهون أو المستأجر بطلت الكفالة و لم يكن على الكفيل شيء لأنه ما ضمن الثمن إلا في المبيع أو القيمة في غيره و عند أبي يوسف و محمد رحمه الله تعالى العين فى يد الأجير مضمونة و تصح الكفالة بها عندهما خلافا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة و كذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها لا تجوز و قال شمس الأئمة الكفالة بتسليم العارية باطلة و هذا ليس بصواب فقد نص محمد رحمه الله تعالى في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة و هكذا في المبسوط و الإيضاح و قال الأكمل في قوله و هذا ليس بصواب نظر فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية أقوى من ذلك فاختارها و فيه (٢) تأمل و عند (٣) أحمد رحمه الله تعالى يجوز ضمان العارية لأنه مضمون عنده كالمغصوب (و من استأجر دابة للحمل عليها فان كانت) أي الدابة (بعينها لا تصح الكفالة بالحمل لأنه عاجز عنه) أي لأن الكفيل عاجز عن تسليم الدابة المعينة لأنها ملك الغير و المستحق الحمل عليها (و إن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه

---

(٢)فيه تأمل لأن ما ذكر الاكمل أمر موهوم كما فى الشامية ص٢٩٨ ج٤ معزيا إلى النهر. (٣)و عند احمد رحمه الله تعالى الخ. و فى المغني لابن قدامة الحنبلي ص٧٥ ج٥. و يصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب و العارية و به قال الشافعي رحمه الله تعالى فى أحد القولين و قال فى الآخر لا يصح فأما الامانات كالوديعة و العين المؤجرة و الشركة و المضاربة و العين التى يدفعها الى القصار و الخياط فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها و ان ضمنها ان تعدى فيها فظاهر كلام احمد رحمه الله تعالى يدل على صحة الضمان اه ملخصا.

و الحمل هو المستحق و كذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال و لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و قال أبويوسف رحمه الله تعالى يجوز إذا بلغه فأجاز و لم يشترط في بعض النسخ الإجازة

و الحمل هو المستحق و كذا) الحكم في (من استأجر عبداً) أي معيناً (للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه عاجز عنه (قال (١) و لا تصح الكفالة) سواء كانت بالنفس أو بالمال (إلا بقبول المكفول له في المجلس) أي مجلس عقد الكفالة (و هذا) أي اشتراط قبول المكفول له (عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه (و قال أبويوسف رحمه الله تعالى يجوز) و به قال (٢) مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في وجه (إذا بلغه فأجاز) أي إذا بلغ خبر الكفالة المكفول له فأجاز الكفالة (و لم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة المبسوط (الإجازة) على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال (٣) الأكملُ قيل أي نسخ كفالة المبسوط و فيه نبوء بأن نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد و إنما هي نسخة واحدة فالموجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر قلت النبوء فيما قاله لا فيما قيل و في الكافي و اختلفوا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فقيل عنده تجوز بوصف التوقف حتى لو رضي بها الطالب تنفذ و إلا تبطل و قيل تجوز بوصف النفاذ و رضاء الطالب ليس بشرط عنده و هو الأصح و في شرح (٤) المجمع و أفتى بعض المشايخ بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى رفقاً بالناس و قال الأترازي رحمه الله تعالى و الحاصل أن الكفالة بالنفس أو بالمال إذا كانت بحضرة المكفول له و المكفول عنه صحت بالإجماع فإن كان الطالب

---

(١)قال أي القدوريُّ. (٢)و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير ص٢٨٤ ج٦. و في شرح الوجيز ص٧١ ج٥. قال الرافعيُّ: المضمون له هو مستحق الدين و في اشتراط معرفته وجهان: أصحهما أن لا بد و أن يعرف الضامن و على هذا ففي اشتراط رضاه وجهان: قال الأكثرون لا يشترط و قال صاحب الافصاح و ابن كج (بكسر الكاف مع تشديد الجيم) يشترط. و اذا قلنا باشتراط رضاه ففي اشتراط قبوله وجهان: الأصح أنه لا يشترط اه ملخصا. (٣)قال الأكملُ في العناية ص٣١٤ ج٦. (٤)و في شرح المجمع الخ. و في الدر المختار ص٦٣ ج٢. و بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى يفتي درر و بزازية و أقره في البحر و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لكن نقل المصنفُ عن الطرسوسيِّ أن الفتوى على قولهما و اختاره الشيخ قاسمٌ اه. و في رد المحتار ص٢٩٩ ج٤. (قوله و اختاره الشيخ قاسمٌ) حيث نقل اختيار ذلك عن أهل الترجيح كالمحبوبيِّ و النسفيِّ و غيرهما و أقره الرمليُّ و ظاهر الهداية ترجيحه لتأخيره دليلهما و عليه المتون اه. و في المنحة على البحر ص٣٨٩ ج٦. قال الرمليُّ: و في انفع الوسائل صرح بأن الفتوى على قولهما.

و الخلاف في الكفالة بالنفس و المال جميعاً له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم و هذا وجه هذه الرواية عنه و وجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح و لهما أن فيه معنى التمليك و هو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا و الموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال إلا في مسألة واحدة و هي أن يقول المريض لوارثه

غائباً فهي جائزة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قالا لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل فيتوقف على إجازته كذا في المختلف (و الخلاف) بين أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و بين أبي يوسف رحمه الله تعالى (في الكفالة بالنفس و المال جميعاً له) أي لأبي يوسف رحمه الله تعالى (أنه) أي أن عقد الكفالة (تصرف التزام فيستبد به) أي فيستقل به (الملتزم) كالإقرار و النذور و لهذا تصح مع الجهالة (و هذا) أي هذا التعليل و هو أنه تصرف التزام (وجه هذه الرواية عنه) أي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (و وجه التوقف) أى وجه رواية التوقف على الإجازة (ما ذكرناه) في كتاب النكاح (في الفضولي في النكاح) و هو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و الجامع عدم الضرر و عندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس كما في البيع حاصل الكلام من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعاً للفضولي في النكاح إذا تزوج امرأة و ليس عنها قابل يتوقف عند أبي يوسف رحمه الله تعالى على إجازتها فيما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد (و لهما) أي و لأبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (أن فيه) أي في عقد الكفالة (معنى التمليك و هو تمليك المطالبة منه) أي من المكفول عنه كذا قال شيخنا العلاءّ ثم قال و يحتمل أن يرجع الضمير إلى الكفيل لأن الكفيل ملك المطالبة للمكفول عنه و قال تاج الشريعةّ منه أي من الكفيل و متى ثبت التمليك لم ينفرد الواحد به لأنه شطر العقد (فيقوم بهما جميعاً) أي فيقوم التمليك بالكفيل و الطالب جميعا (و الموجود شطره) أي شطر العقد (فلا يتوقف على ما وراء المجلس) فعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطريه (قال) أي القدوريّ (إلا في مسألة واحدة) و هو استثناء من قوله و لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس حيث تصح استحساناً و القياس عدم الصحة على قولهما (و هو) و في القدوريّ و هي و هذا على الأصل لأن الضمير يرجع إلى المسألة و وجه تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوريّ (أن يقول المريض (١) لوارثه تكفل عني

(١) المريض. قيد به لأنه لو قال هذا في الصحة لم يجز و لم يلزم الكفيل شيء و هذا قول محمد رحمه الله تعالى و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول ثم رجع و قال الكفالة جائزة كافي و جزم بالأول في الفتح عن المبسوط كذا في الشامية.

تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة و لهذا تصح و إن لم يسم المكفول لهم و لهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته و فيه نفع الطالب

بما على من الدين فكفل به) أي فتكفل الوارث بما عليه من الدين (مع غيبة الغرماء جاز) استحساناً (لأن ذلك وصية في الحقيقة) أي يصير كأنه أوصى إليه بقضاء ديونهم فيشترط قبول من أوصي إليه ليصير وصياً لا قبول غيره كذا قاله تاج الشريعةّ و قال الكاكي رحمه الله تعالى قيل في تعليل الكتاب بقوله لأن ذلك وصية في الحقيقة نظر إذ لو كان وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة و حالة المرض و قد ذكرنا من المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة إلا أن يؤول هذا و يقال لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة و فيه بعد و قد نقل (١) الأكملّ هذا ثم قال و مثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى و إذا نظر في معناه يؤل إلى معنى آخر و حينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة و فيه تأمل و في الشامل الايصاء بقضاء الدين يصح و فى الخلاصة (٢) ثم هذا من المريض يصح و إن لم يسم الدين و لا صاحب الدين و أشار إليه المصنف رحمه الله تعالى بقوله (و لهذا تصح) أي و لأجل أن ذاك وصية تصح هذه الكفالة (و إن لم يسم المفكول لهم) كلمة ان واصلة بما قبلها (و لهذا) أي و لأجل ذلك أيضاً (قالوا) أي المشايخ رحمهم الله تعالى (إنما تصح) أي الكفالة بدون قبول الطالب (إذا كان له) أي للمريض (مال) عند الموت إذ الوصية تصح في المال عند الموت (أو يقال إشارة إلى بيان وجه آخر (٣) في صحة قول المريض لوارثه تكفل عنى بما علي من الديون تقريره بأن يقال (إنه) أي المريض (قائم مقام الطالب) و هو المكفول له (لحاجته إليه) أي لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب (تفريغاً لذمته) أي لأجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كأن الطالب حضر بنفسه على ما يجيء (و فيه) أي و في إقامة نفسه مقام الطالب (نفع الطالب) و

---

(١)نقل الأكملّ فى العناية ص٣١٥ ج٦. (٢)الخلاصة ص١٦٥ ج٤. (٣)وجه آخر. و فى الشامية ص٢٩٩ ج٤. فعلى الأول هي وصية لا كفالة و على الثاني بالعكس و اعترض الأول بأنه يلزم عدم الفرق بين حال الصحة و المرض إلا أن يؤول بأنه في معنى الوصية و فيه بعد و اعترض الثانى فى البحر (ص٣٨٩ ج٦) بأنه لا فائدة فى الكفالة لأنا حيث اشترطنا وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال و أجاب بأن فائدته تظهر فى تفريغ ذمته تأمل. قال فى النهر و الاستثناء على الأول منقطع و على الثانى متصل و لذا كان أرجح إلا أن مقتضاه مطالبة الوارث و ان لم يكن للميت مال اه قلت الظاهر أن هذا وصية من وجه و كفالة من وجه فيراعى الشبه من الطرفين لأنهم ذكروا للاستحسان وجهين متنافيين فعلم أن المراد مراعاتهما بالقدر الممكن و إلا لزم إلغاؤهما.

كما إذا حضر بنفسه و إنما يصح بهذا اللفظ و لا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح و لو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال و إذا مات الرجل و عليه ديون و لم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

هو حصول حقه إليه فصار حكمه (كما إذا حضر) أى الطالب (بنفسه و إنما يصح) أى الكفالة (بهذا اللفظ) يعني بقوله المريض لوارثه تكفل عني الخ (و لا يشترط القبول) أي قبول المريض هذا جواب سؤال مقدر و هو أن يقال لو كان المريض نازلاً منزلة الطالب لكان قبوله شرطاً كقبول الطالب و تقرير الجواب أنه لا يشترط القبول (لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة (دون المساومة) نظراً إلى ظاهر حالته التي هو عليها و هو معنى قوله (ظاهراً في هذه الحالة فصار) أي فصار هذا (كالأمر بالنكاح) لو قال لامرأة زوجني نفسك فقالت زوجت نفسي منك يكون ذلك بالقبول فكأنها قالت زوجت و قال قبلت (و لو قال المريض ذلك لأجنبي) أي لو قال المريض لأجنبي تكفل عني بما على من الدين ففعل الأجنبي ذلك (اختلف المشايخ فيه) فمنهم من لم يصح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة و لا بعد موته بدون الإلتزام فكان المريض و الصحيح في حقه سواء و لو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض و منهم (١) من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه و الأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائماً مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك و مثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذناه بالقياس (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و إذا مات (٢) الرجل و عليه ديون و لم يترك شيئاً فتكفل) بالديون (رجل عنه) أى عن الميت (لم تصح (٣) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أي

---

(١)و منهم من صححه الخ. و فى الفتح. و هو أوجه. و فى الشامية ص ٣٠٠ ج٤. أيده في الحواشي السعدية بأن الوارث حيث كان مطالبا بالدين فى الجملة كان فيه شبهة الكفالة عن نفسه في الجملة فكان ينبغى أن لا تجوز كفالته فاذا جازت لما مر فى الوجهين فكفالة الأجنبى و هى سالمة عن هذا المانع أولى أن تصح اه. و أقره فى النهر. (٢)اذا مات الرجل الخ. قيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل فى حياته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة كذا فى البحر. (٣)لم تصح الخ. و يستثنى من عدم صحة الكفالة مسألة فى التحرير من بحث الموت من عوارض الأهلية لو تقوت الذمة بلحوق دين بعد الموت صحت الكفالة به بأن حفر بئرا على الطريق فتلف به حيوان بعد موته فانه يثبت الدين مستندا إلى وقت الحفر الثابت حال قيام الذمة و المستند يثبت أولاً فى الحال و يلزم اعتبار قوتها حينئذ به لكونه محل الاستيفاء اه كذا فى البحر.

و قالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب و لم يوجد المسقط و لهذا يبقى في حق أحكام الآخرة و لو تبرع به إنسان يصح و كذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال و له أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة و لهذا يوصف بالوجوب

لم تصح الكفالة عنده سواء كان ذلك الرجل أجنبياً أو وارث الميت (و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تصح) الكفالة و به قال (١) مالك و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى (لأنه) أي لأن الرجل (كفل بدين ثابت لأنه) أي لأن الدين (وجب لحق الطالب و لم يوجد المسقط) أي مسقط الدين لأن الإسقاط إنما يكون بالإيفاء أو الإبراء أو بانفساخ سبب وجوبه و بالموت لم يتحقق شيء من ذلك (و لهذا) أي و لأجل ما ذكرنا من عدم الاسقاط (يبقى) أى الدين (فى حق أحكام الآخرة) فيطالب به في الآخرة (و لو تبرع به) أي بأداء الدين (انسان يصح) أي التبرع و لو برىء المفلس من الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الأخذ من المتبرع (و كذا يبقي) أي الدين (إذا كان به كفيل أو مال) و يبقي هو على كفالته و لو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل (و له) أي و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي أن الرجل (كفل بدين ساقط) لأن محل الدين قد فات و قيام الدين من غير محل محال (لأن الدين هو الفعل حقيقة) يعنى أن المقصود و الفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء (و لهذا) أي و لكون الدين هو الفعل حقيقة (يوصف بالوجوب) يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة و الوصف

---

(١) و به قال مالك رحمه الله الخ كذا فى شرح الوجيز ص١٤٤ ج٥ و المغني لابن قدامة الحنبلي ص٧٣ ج٥.

أقول و دليل الجمهور حديث أبى قتادة رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ أتى برجل ليصلى عليه فقال النبى ﷺ صلوا على صاحبكم فان عليه دينا قال أبو قتادة رضى الله تعالى عنه هو علي فقال رسول الله ﷺ بالوفاء فقال بالوفاء فصلى عليه. أخرجه الترمذى فى الجنائز باب ما جآء فى المديون ص١٢٧ ج١ و صححه. و قال المحدث الفقيه العثمانى فى إعلاء السنن باب الكفالة عن الميت ص٤٩٢ ج١٤. فالجواب الصحيح (يعنى من جانب أبى حنيفة رحمه الله تعالى) أن يقال إن الامر المتنازع فيه هو الكفالة للغريم بأن يكون الكفالة لتوثيق دينه و خفظه عن التوى و يكون له حق المطالبة و هذا لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنها تصح بضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة و لا مطالبة من الميت لسقوط ذمته فلا يصح الضم إلى الساقط و أما الكفالة للميت بقضاء دينه لأن يبرأ ذمته عن المطالبة الأخروية من غير أن يكون للغريم حق المطالبة فلا ينكره أبو حنيفة رحمه الله تعالى و الحديث يدل على جواز الثانية دون الأولى ألا ترى أنه لما قال "هو علي" قال له رسول الله ﷺ "بالوفاء؟" فقال "بالوفا" و فيه دلالة على أن قوله "هو علي" انما كان وعدا و لم يكن ضمانا و إلا لم يكن لقول رسول الله ﷺ له: "بالوفاء؟" معنى فافهم. و وجه الفرق بين الكفالتين أن فى الأولى ضم الذمة إلى الذمة و هو يقتضى قيام الذمة بخلاف الثانية فانه ليس فيه ضم الذمة إلى ذمة الميت بل فيه تخليص عن ذمته المطالبة الأخروية فقط بالتزام المتبرع بأداء دينه و لهذا لم يشترط قبول الغريم لصحة هذه الكفالة و لا يرتد برده بخلاف الأولى فيجوز الثانية دون الأولى اه ملخصا.

لكنه في الحكم مال لأنه يؤل إليه في المآل و قد عجز بنفسه و بخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة و التبرع لا يعتمد قيام الدين و إذا كان به كفيل أو مال فخلفه أو الإفضاء

بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال (لكنه في الحكم مال) هذا جواب عن سؤال مقدر و هو أن يقال لزم حينئذ قيام العرض بالعرض و هو غير جائز عند المتكلمين من أهل السنة و تقرير الجواب هو ما قاله لكنه أي لكن الدين في الحكم مال لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب (لأنه) أي لأن الأداء الموصوف به (يؤل إليه في المآل) فكان وصفاً مجازياً و كونه مالاً بواسطة الاستيفاء (و قد عجز) أي و الحال أنه قد عجز عنه (بنفسه و بخلفه) أي كفيله (ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط) في أحكام الدنيا (ضرورة) لأن الكفالة من أحكام الدنيا فانعدم أثر الوجوب في حق الميت فلم تصح الكفالة لأنها بناء على الوجوب في جانب من عليه فإن قلت العجز بنفسه و بخلفه يدل على تعذر المطالبة منه و ذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنها تصح و ان تعذرت المطالبة في حالة الرق و قال (١) الأكمل رحمه الله تعالى قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق و بين ذمة خربت بالموت و لم تبق أهلاً للوجوب عليها و قال الأكملؒ أيضاً و هذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنفؒ ذكر دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى بطريق المعارضة و لو (٢) أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط و سيذكر (٣) السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحذق في وجوه النظر على ما يخفى قلت الذي قرره المصنفؒ يتناول كل واحد من طريق الممانعة و طريق المعارضة على ما لا يخفى (و التبرع لا يعتمد قيام الدين) هذا جواب عما قالا و لو تبرع به إنسان يصح تقريره أن التبرع لا يعتمد قيام الدين فإن من قال لفلان علي ألف درهم و أنا كفيل به صحت الكفالة و عليه أداؤه و إن لم يوجد الدين أصلاً و قال تاج الشريعةؒ و التبرع لا يعتمد قيام الدين أي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل و لهذا لو أقر رجل أن لفلان على فلان كذا و أنا كفيل بذلك و أنكر المكفول عنه تصح الكفالة و عليه أداء الدين (و إذا كان به كفيل أو مال) جواب عن قولهما و كذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال بيان هذا أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه و اذا كان به كفيل أو له مال فان انتفى القادر (فخلفه) و هو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق و قول المصنفؒ (أو الافضاء

(١) قال الأكملؒ في العناية ص٣١٨ ج٦. (١) و لو أخرجه الخ. أقول انت خبير بأن منع المقدمة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب و فيما نحن بصدده كذلك فان قوله وجب لحق الطالب الخ اشارة الى دليل الثبوت فليتأمل كذا في السعدية. (٣) و سيذكر السند بقوله الخ. أقول ذلك القول دليل السند كما لا يخفى كذا في السعدية.

إلى الأداء باق قال و من كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال

إلى الأداء) هذا غير موجود في بعض النسخ و قال الاترازيّ هكذا وقع السماع مراراً و قد كانت نسخة شيخ الاسلا حافظ الدين الكبير البخاريّ هكذا أيضاً و قال (١) الاكمل رحمه الله تعالى قوله أو الافضاء على ما هو السماع و عليه أكثر النسخ تنزل و كأنه قال الكفيل و المال إن لم يكونا خلفين فالافضاء إلى الاداء بوجودهما (باق) بخلاف ما إذا عدما و يجوز أن يكون فى الكلام لف و نشر و تقديره فخلفه و هو الوكيل أو الافضاء إلى ما يفضى إلى الاداء و هو المال باق وعلى هذا يشترط فى القدرة إما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضى الى الاداء و قد وقع في بعض النسخ إذ الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه و على هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قول الشاعر:

نحن بما عندنا و أنت بما عندك راض و الرأى مختلف

و معناه كل واحد من الكفيل و المال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق فإن الخلف ما به يحصل كفاية أمر الأصل عند عدمه و هما كذلك فكانا خلفين انتهى و قال شيخنا العلاء رحمه الله تعالى قوله إذا كان به كفيل أى إذا كان بالدين كفيل فخلفه باق و كذا إذا كان له مال فما يفضى إلى الاداء باق لانه يستوفي من المال فيجعل باقياً في أحكام الدنيا و قوله فخلفه أي إذا كان له كفيل و الافضاء إلى الاداء اى إذا كان له مال باق إنتهى قلت هنا تكلفات كثيرة فالمختصر من الكلام أن يقال فخلفه أي الكفيل أو الافضاء بالنظر إلى وجود المال و إعراب ما وقع في المتن أن قوله فخلفه مبتدأ و قوله أو الافضاء إلى الاداء عطف عليه و في بعض النسخ بدون الافضاء و قوله باق خبر المبتدأ (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كفل عن رجل بألف عليه بأمره) أي على الرجل بأمره و هو المديون (فقضاه الألف) أي فقضى الرجل الكفيل الألف (قبل أن يعطيه صاحب المال) أي قبل أن يعطي الكفيل الألف صاحب المال و هو منصوب على أنه مفعول ثان للاعطاء (فليس له) أي للرجل المذكور و هو المكفول عنه (أن يرجع فيها) أي في الألف على تاويل الدراهم (لأنه) أي لأن الألف (تعلق به حق القابض) و هو الكفيل (على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الإحتمال) يعني ما لم يبطل هذا الإحتمال بأداء الأصيل

---

(١) قال الأكملّ في العناية ص٣١٨ ج٦.

كمن عجل زكاته و دفعها إلى الساعي و لأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده و إن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر و كذا إذا قضى المطلوب بنفسه و ثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه

بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترد لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الإسترداد فيه ما دام باقياً كيلا يكون سعيان في نقض ما أوجبه و هذا (كمن عجل زكاته و دفعها إلى الساعي) و هو المصدق الذي يتولى أخذ الزكاة فإنه ليس له أن يستردها لأن الدفع كان لغرض و هو أن يصير زكاة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع (و لأنه) أن و لأن الكفيل (ملكه) أي الألف (بالقبض) و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قال في وجه لا يملكه و في يده أمانة فيسترده قبل أداء الكفيل به و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (على ما نذكر) (٢) إشارة إلى قوله بعد خطين أما إذا قضى الدين فظاهر إلى آخره (بخلاف ما إذا كان الدفع) أي الدفع إلى الكفيل (على وجه الرسالة) يعني يرجع الأصيل على الكفيل بالمدفوع اليه (لأنه تمحض أمانة في يده) صورته أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال و ادفعه إلى الطالب فانه لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده و لكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من يد الكفيل لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب و المطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لكونه امانة فى يده (و إن ربح الكفيل فيه) أي في الألف المقبوض بأن تصرف فيه و ربح (فهو له) أي الربح له (لا يتصدق به) يعني لا يجب أن يتصدق به (لأنه ملكه حين قبضه) و الربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة و إنما قلنا لأنه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصيل فإن كان الأول فظاهر و هو معنى قوله (أما إذا قضى الدين فظاهر) لانه قبض ما وجب له فيه فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلاً (و كذا) الحكم (إذا قضى المطلوب بنفسه) أي الاصيل أداه بنفسه حيث يملكه الكفيل (و ثبت له حق الاسترداد لانه) أي لان الكفيل (وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه) أي على الكفيل و قال الكاكي رحمه الله تعالى و قيل على المكفول عنه لان الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا فى الدين و لكن ذكر في جامع المحبوبي و قاضي خان أن الدين وجب للطالب على الكفيل فيكون الضمير في عليه راجعاً إلى الكفيل و في المبسوط

---

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير. (٢)ما نذكر الخ. كذا في الكفاية و فى الفتح: يريد ما ذكره بعد سطر فى تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح و هو قوله لأنه ملكه حين قبضه الخ.

إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل و لهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

الكفالة توجب الدينين ديناً للكفيل على الأصيل و ديناً للطالب على الكفيل لكن دين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء لأن له مطالبة الأصيل بعد الأداء و لهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال يصح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل (إلا أنه) استثناء من قوله لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه أي إلا أنه (أخرت المطالبة) أي مطالبة الكفيل الأصيل (إلى وقت الأداء) أى أداء الكفيل (فنزل منزلة الدين المؤجل) أى نزل ما وجب على المكفول عنه للكفيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل (و لهذا) أى و لأجل تنزيله منزلة الدين المؤجل (لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه) أى قبل أداء الكفيل للطالب (يصح) حتى لم يكن له الرجوع بعد الأداء (فكذا إذا قبضه يملكه) أي فكذا إذا قبض الكفيل الدين يملكه و هذا أيضاً يدل على أن الكفالة تقتضي دينين كما ذكرناه عن المبسوط (إلا (١) أن فيه) أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء و قد أدى الأصيل الدين (نوع (٢) خبث نبينه) أي نبين نوع الخبث و بينه في مسألة الكفالة بالكر (فلا يعمل) أي الخبث (مع الملك فيما لا يتعين) كغير النقود و قال الأترازي رحمه الله تعالى هذا استثناء من قوله فهو له لا يتصدق به فكأنه ذكره جواباً لسؤال بأن يقال في هذا الربح نوع خبث فينبغي أن يتصدق به لأن حق المال الخبيث التصدق به فأجاب عنه و قال لكن فيه نوع خبث مع الملك فلا يعمل الخبث مع الملك فيما لا يتعين فلأجل هذا لم يؤمر بالتصدق و ذكر في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فإما أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء و كل ذلك على وجهين إما إن كان الدفع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال و ادفع إلى الطالب لا يطيب الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لأن الخبث ثبت لعدم الملك لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه المالان و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى طاب الربح لأن الخراج بالضمان و ان دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصيل للكفيل إني لا آمن من أن يأخذ الطالب حقه منك فان أقضيك قبل أن تؤدى طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه ملكها بالقبض و إن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في رواية هذا الكتاب يستحب أن

---

(١) إلا أى لكن استثناء منقطع كذا فى الفتح. (٢) نوع خبث على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذا فى الفتح.

و قد قررناه في البيوع و لو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها و ربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه قال و احب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر و لا يجب عليه في الحكم و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية الجامع الصغير و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى هو له و لا يرده على الذي قضاه و هو رواية عنه و عنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له و له أنه تمكن الخبث مع الملك

يرده على الأصيل و قال في كتاب الكفالة من الأصل يتصدق به و قال في كتاب البيوع منه يطيب له و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى يطيب له و لا يرده و لا يتصدق به و قال فخر الاسلام و يستوى في هذا ان أداه المطلوب إلى الطالب بنفسه أو أداه الكفيل (و قد قررناه في البيوع) أي في آخر فصل أحكام البيع الفاسد (و لو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل) أي فقبض الكفيل الكر من الأصيل فتصرف فيها (فباعها و ربح فيها فالربح له) أي للكفيل (فى الحكم) أي في القضاء (لما بينا أنه ملكه) أي أن الكفيل ملك الذي قبضه (قال) أي أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير لما روى محمد رحمه الله تعالى فيما إذا كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذى عليه الأصل فباعه الكفيل فربح فيه فإن الربح له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذى قضاه و يرده عليه و لا أجبره على ذلك في القضاء و نقل المصنف هذا بقوله (و أحب إلي أن يرده عليه الذي قضاه الكر و لا يجب عليه) أي و لا يجب الرد على الكفيل (فى الحكم) أي في القضاء ثم ان المصنف رحمه الله تعالى لما نقل هذا عن الجامع الصغير قال (و هذا) أي الذى ذكره من قوله قال و أحب إليّ إلى آخره (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رواية الجامع الصغير) ثم قال المصنف رحمه الله تعالى (و قال أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى هو له) أي الربح له (و لا يرده على الذي قضاه) أي لا يرد الكفيل الكر على الأصيل (و هو رواية عنه) أي قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضاً و هو أن الربح للكفيل و لا يرده على الأصيل و هو رواية كتاب البيوع من الأصل (و عنه أنه) أى أن الكفيل (يتصدق به) أى بالربح و هو رواية كتاب الكفالة من الأصل (لهما) أي لأبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنه) أي أن الكفيل (ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) إشارة إلى قوله لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه (فيسلم له) أي فيسلم الربح للكفيل (و له) أي و لأبى حنيفة رحمه الله تعالى (أنه تمكن الخبث مع الملك) لأحد الوجهين أشار إلى الوجه

اما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به و هذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية و يرده عليه في رواية لان الخبث لحقه و هذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له قال و من كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل و الربح الذي ربح البائع فهو عليه و معناه الأمر ببيع العينة

الأول بقوله (إما لأنه) أي لأن الأصيل (بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه) أي يقضي الكر (بنفسه) فإذا كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متردد بين أن يقر و أن لا يقر و مثل ذلك قاصر و لو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث و أشار إلى الوجه الثاني بقوله (أو لأنه) أي أو لأن الأصيل (رضي به) أي يكون المدفوع ملكاً للكفيل (على اعتبار قضاء الكفيل) الدين (فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به) فتمكن الخبث (و هذا الخبث) أي الخبث الذي يكون مع الملك (يعمل فيما يتعين) كغير النقود (فيكون سبيله التصدق في رواية) عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و يرده عليه) أي على الأصيل (في رواية) أخرى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن رده على الاصيل فإن كان الأصيل فقيراً طاب له و إن كان غنياً ففيه روايتان في كتاب الغصب قال فخر الإسلامّ في شرح الجامع الصغير و الأشبه أن يطيب له لأنه إنما رده عليه لأنه حقه (لأن الخبث لحقه) أي لحق الأصيل لا لحق الشرع (و هذا أصح) أي الرد أي رد الربح على المكفول عنه أصح من القول بالتصدق (لكنه استحباب) أي لكن الرد عليه مستحب لأن الملك للكفيل (لا جبر) أي لا يجبر على دفعه (لأن الحق له) أي للكفيل إلا أنه لما تمكن الخبث يستحب الدفع إليه بخلاف الربح في الغصب حيث يجبر الغاصب على الدفع لأنه لا حق للغاصب في الربح و فى الكافي هذا إذا اعطاه على وجه القضاء أما لو أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الرسول و ربح لم يطب له الربح سواء كان ثمناً أو مما يتعين لأنه مودع و المودع إذا تصرف في الوديعة و ربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و طاب له عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لما عرف (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً) أي على الأصيل أي أمره أن يشتري له حريراً بطريق العينة (ففعل) أي الكفيل (فالشراء للكفيل و الربح الذي ربح البائع فهو عليه) أي الربح على الكفيل (و معناه) أي معنى قوله أن يتعين عليه حريراً (الأمر ببيع العينة) (١) يعني أمره

---

(١) العينة. و في المغرب مادة عين ص ٩٥ ج ٢. العينة (بكسر العين) السلف و يقال: باعه بعينة أي بنسيئة من عين الميزان و هي ميله عن الخليل، لأنها زيادة و قيل لأنها بيع العين بالربح و قيل هي شراء ما باع بأقل مما باع.

مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه و يبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة و يتحمل عليه خمسة

أن يشتري حريراً بطريق العينة فبين ذلك بقوله (مثل أن يستقرض من تاجر عشرة) أي يطلب من تاجر عشرة دراهم على سبيل القرض (فيتأبى عليه) أي فيمتنع التاجر من أن يقرضه عشرة (و يبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة) يعني طمعاً في الفضل الذي لا يناله المقرض بالقرض و يقول لا يتيسر لي القرض ثم يبيعه ثوباً (ليبيعه المستقرض بعشرة و يتحمل عليه خمسة) أي يتحمل المستقرض خمسة دراهم فيحصل له عشرة دراهم و لرب الثوب ربح خمسة دراهم بطريق البيع هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى في جملة صور العينة و من صورها ما ذكره قاضي خانْ و هو أن يجعل المقرض و المستقرض بينهما ثالثاً فيبيع صاحب الثوب الثوب بإثني عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة و يسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة و يأخذ منه عشرة و يدفعها إلى المستقرض فتندفع حاجته و إنما خللا بينهما ثالثاً تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن و في فتاوي الكردرى صورته أن يبيع المستقرض سلعة من المقرض بعشرة و يسلم إليه ثم قال المستقرض بعنى بإثني عشر فباعها جاز و في محيط السرخسيْ صورته باع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطاً يشترى المتاع لنفسه بألف حالة و يقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه و يخرج من الوسط فيدفع البائع الأول ألفاً حالة إلى المستقرض و يأخذ منه ألفين عند حلول الأجل و هذا البيع جائز في الحكم فقال أبويوسف رحمه الله تعالى لا يكره لأنه فعل ذلك كثير من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و لم يعدوه من الربا و قال محمد رحمه الله تعالى هذا البيع فى قلبي كأمثال الجبال أي لها شبهة كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا و قد ذمهم (١) رسول الله ﷺ فقال إذا تبايعتم بالعينة و اتبعتم أذناب البقر

(١)قد ذمهم رسول الله ﷺ الخ قال المحدث الفقيه العثمانيْ فى إعلاء السنن باب بيع العينة ص١٧٧ ج١٤ . قال أحمد رحمه الله تعالى حدثنا أسود بن عامر ثنا أبوبكر عن الأعمش عن عطاء ابن أبي رباح عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا ضمن الناس بالدينار و الدرهم و تبايعوا بالعينة و اتبعوا أذناب البقرة و تركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم ذلا فلا يرفعه حتي يراجعوا دينهم. أخرجه ابن القيم فى اعلام الموقعين. و قال رواه أبوداود (فى البيوع باب فى النهى عن العينة ص١٣٤ ج٢) بإسناد صحيح إلى حيوة بن شريح المصرى عن إسحاق بن عبد الرحمن الخراسانى أن عطاء الخراسانى حدثه أن نافعا حدثه عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما. قال شيخنا و هذان إسنادان حسنان أحدهما يشد الآخر و يقويه =>

....

....

=> فأما رجال الأول فأئمة مشاهير لكن يخاف أن لا يكون الأعمش سمعه من عطاء أو إن عطاء لم يسمعه من ابن عمر رضي الله تعالى عنهما. و الإسناد الثاني يبين أن للحديث أصلا محفوظا عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فإن عطاء الخراساني ثقة مشهور و حيوة بن شريح كذلك و أفضل و أما إسحاق بن عبد الرحمن فشيخ روى عنه أئمة المصريين مثل حيوة بن شريح و الليث بن سعد و يحيى بن أيوب و غيرهم قال فقد روينا من طريق ثالث من طريق السرى بن سهل الجندسابورى بإسناد مشهور إليه ثنا عبد الله بن رشيد ثنا عبد الرحمن عن ليث عن عطاء عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال لقد أتى علينا زمان و منا رجل يرى أنه أحق بديناره و درهمه من أخيه المسلم و لقد سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا ضمن الناس بالدينار و الدرهم و تبايعوا بالعينة و تركوا الجهاد و اتبعوا أذناب البقر ادخل الله عليهم ذلا لا ينزعه عنهم حتى يتولوا و يراجعوا دينهم، و هذا يبين أن للحديث أصلا عن عطاء.

باب بيع العينة

قلت: في هذه الأحاديث دلالة على كراهة العينة و لكن لم يقع تفسيرها في الحديث و قد فسر في أثر ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بأن يبيع الرجل حريرة بمائة ثم يشتريها بخمسين و هذا غير جائز عندنا إن كان البيع الثاني قبل نقد الثمن لأنه شراء بأقل مما باع قبل نقد الثمن فإن كان بعد نقد الثمن فإن كان البيع الأول مشروطا بالبيع الثاني فهو غير جائز أيضاً لعدم جواز البيعتين في بيعة و إن لم يكن مشروطا فهو مكروه لأنه بيع مضطر لأن المشترى لا حاجة له في الحريرة و إنما حاجته في الدراهم و البائع لا يرضى بالاقراض و إنما يرضى بالبيع كذلك فهو مضطر إلى الشراء فيكون مكروها و الوجه فيه أن فيه بخلا مذموماً و تركا للمبرة و الإحسان الذين هما من مكارم الأخلاق و قد روى عن أنس رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن العينة فقال إن الله لا يخدع هذا مما حرم الله و رسوله رواه الحافظ محمد بن عبد الله المعروف بمطين في كتاب البيوع له. و روى أيضاً عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال إتقوا هذه العينة لا تبع درهم بدراهم بينهما حريرة و في رواية أن رجلا باع من رجل حريرة بمائة ثم اشتراها بخمسين فسأل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن ذلك فقال: دراهم بدراهم متفاضلة دخلت بينهما حريرة و سئل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن العينة بمعنى بيع الحريرة فقال إن الله لا يخدع هذا مما حرم الله و رسوله، و روى ابن بطة بإسناده إلى الأوزاعي قال قال رسول الله ﷺ يأتي على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع يعنى العينة، أخرجها ابن القيم في الموقعين و محمل هذه الأخبار أن يكون الشراء بأقل مما باع قبل نقد الثمن أو يكون البيع الثاني شرطا للبيع الأول و تسميته خداعاً لأن فيه تحولا من الربا الظاهر إلى الربا الخفي فلا دلالة في هذه الأحاديث و الأخبار على حرمة الحيل على الإطلاق كما فهمه ابن القيم و غيره لأن حرمة العينة ليس لأجل أنها حيلة بل لأنها مشتملة على الربا.

الرد على بعض الأحباب في رده على ابن القيم:

قال العبد الضعيف إن العدل و الإنصاف أولي بأهل العلم من التحكم و الاعتساف و لا يخفى اشتمال العينة على الحيلة كما قاله ابن القيم و مثل هذه الحيلة لم يقل بجوازها أحد من العلماء فإنها حيلة لأخذ الربا و إنما يجوز الحيلة عندنا للتفصي عن الربا و نحوه من المنهيات و شتان بينهما كما سيأتي فإنه من المعلوم أن العينة لا يستعملها إلا من لا يريد الإقراض بدون الربا و هي عند من يستعملها إنما يسميها بيعا و قد اتفقا على حقيقة الربا الصريح قبل العقد =>

=> ثم غيرا اسمها إلى المعاملة و صورتها إلى التابع الذي لا قصد لهما فيه البتة و إنما هو حيلة و مكر و خديعة لله تعالى فمن أسهل الحيل على من أراد فعله أن يعطيه مثلا ألفا إلا درهما باسم القرض و يبيعه خرقة تساوى درهماً بخمسمائة درهم فهذا إنما نوى بالإقراض تحصيل الربح الزائد الذى أظهر أنه ثمن الثوب و هو فى الحقيقة أعطاه ألفا حالة بألف و خمسمائة مؤجلة و جعل صورة القرض و صورة البيع محللا لهذا المحرم و لذلك سماها أنس و ابن عباس رضى الله تعالى عنهم خديعة و قالا إن الله لا يخدع، و فيه تصريح باشتمال العينة على الخداع و الحيلة فلا يصح القول بأن حرمة العينة ليس لأجل أنها حيلة بل الصحيح أن حرمتها لأجل كونها حيلة لأخذ الربا لا للتفصى عنه و المباح من الحيل إنما هى الثانية دون الأولى فافهم.

الفرق بين الحيلة المباحة و الحيلة المحرمة:

و نوضح لك الفرق بين الحيلتين بمثال و هو أن يوكل المسلم الذمى ببيع الخمر و له صورتان الأولى أن يكون المسلم قد ورث الخمر من قريبه الكافر أو كان له عصير قد انقلب خمرا من غير صنعه فوكل ذميا ببيعها. و الثانية أن يشترى المسلم الكرم و العنب للتجارة فى الخمر و يوكل ذميا ببيعها تحرزا عن التهمة و تخلصاً عن رمى الناس إياه ببيع الخمر فكلاهما قد جعل توكيل الذمى حيلة و لكن الأول جعله حيلة للتفصى عن بيع الخمر و الآخر للتجارة فى الخمر فلا لوم على الأول و لكن الثانى آثم. و الحنفية إنما قالوا بجواز النوع الأول من الحيل دون الثانى بدلائل من الأحاديث و الآثار التى سيأتى ذكرها فى باب الحيل إن شاء الله تعالى و لكن ابن القيم و من وافقه من المحدثين لم يتنبهوا لهذا الفرق فوقعوا فيما وقعوا و شنعوا على الحنفية و طعنوا فأفظعوا و حاشا أبا حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى أن يبيحوا للناس التسبب إلى الحرام و إنما أباحوا لهم التسبب إلى الحلال بالتخلص عن الحرام و لهم حجة فى ذلك من الكتاب و من حديث سيد الأنام عليه و على آله و أصحابه أفضل الصلاة و أزكى سلام. و حديث العينة أخرجه أيضاً الطبرانى و ابن القطان و صححه، قال الحافظ فى بلوغ المرام (فى البيوع باب الخيار ص١٧٨) و رجاله ثقات و قال فى التلخيص (باب البيوع المنهى عنها ص١٩ ج٣) و عندى أن إسناد الحديث الذى صححه ابن القطان معلول لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحا لأن الأعمش مدلس و لم يذكر سماعه من عطاء و عطاء يحتمل أن يكون هو عطاء الخراسانى فيكون فيه تدليس التسوية بإسقاط نافع بين عطاء و ابن عمر رضى الله تعالى عنهما (٥: ٦٩ نيل).

الرد على الحافظ فى تعليله الحديث الصحيح بمجرد الاحتمال:

قلت لا يصح تعليل الصحيح بمجرد الاحتمال الناشئ من غير دليل و قد تقدم من طريق عبد الرحمن (هو ابن مهدى) أن ليثا رواه عن عطاء عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أيضاً و ليث أقعد الناس بابن أبى رباح فتبين به أن للحديث أصلا عن عطاء، فالحق أن الحديث الذى صححه ابن القطان غير معلوم و قد حسن ابن تيمية الحديث من طريق عطاء الخراسانى أيضاً كما مر و سليمان بن مهران الأعمش ذكره الحافظ فى طبقات المدلسين فى الدرجة الثانية عنهم و هم من احتمل الأئمة تدليسه و أخرجوا له فى الصحيح لإمامته و قلة تدليسه و يعضده حديث عائشة رضى الله تعالى عنها المقدم فى باب النهى عن شراء ما باع بأقل مما باع و قد ذهب إلى عدم جواز بيع العينة مالك و أبو حنيفة و أحمد رحمهم الله تعالى و جوز ذلك الشافعى و أصحابه رحمهم الله تعالى كذا فى عون المعبود عن النيل (٣: ٢٩١).

سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين و هو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله عليّ و هو فاسد و ليس بتوكيل و قيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين و كذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين

ذللتم و ظهر عليكم عدوكم و في رواية سلط الله عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم و قيل إياك و العينة فإنها لعينة و المراد باتباع أذناب البقر الزراعة (سمي به) أي سمي هذا البيع ببيع العينة (لما فيه) أي في بيع العينة (من الإعراض عن الدين إلى العين و هو مكروه) أي بيع العينة (١) مكروه إما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على الإختلاف (لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض) المبرة إسم للبر و قال (٢) الجوهريّ البرّ خلاف العقوق و المَبَرَّةُ مثله تقول بَرِرْتُ والدي بالكسر اَبَرُّه بِرّاً فأنا برٌّ به و بَارٌّ و جمع البَرّ أبْرَارٌ و جمع البارّ البَرَرَةُ (مطاوعة لمذموم البخل) يعني لأجل المطاوعة للبخل الذي هو مذموم و كأن الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه و البخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك و إلا لكانت المرابحة مكروهة (ثم قيل هذا ضمان) أي قوله أن يتعين عليه ضمان (لما يخسر المشتري نظراً) أي بالنظر (إلى قوله علي) بالتشديد لأن كلمة على للإلتزام (و هو فاسد) أي الضمان بالخسران فاسد لأن الكفالة و الضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل و الخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه كمن قال لآخر بايع في هذا السوق على أن كل وضيعة و خسران يصيبك فأنا ضامن به لك كان باطلاً كذا في جامع المحبوبي (و ليس بتوكيل) لأنه لم يقل تعين لي بل قال تعين علي و هي ليست بكلمة وكالة (و قيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين) إذ الحرير أجناس مختلفة (و كذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين) أي على قدر الدين و قال (٣) الأكملّ

---

(١)بيع العينة مكروه. قال (اى المحقق ابن الهمامّ) في الفتح (ص ٣٢٤ ج٦): ما حاصله أن الذى يقع في قلبى أنه ان فعلت صورة يعود فيها إلى البائع جميع ما أخرجه أو بعضه كعود الثوب اليه فى الصورة المارة و كعود العشرة فى صورة إقراض الخمسة عشر فيكره يعنى تحريما فان لم يعد كما اذا باعه المديون فى السوق فلا كراهة فيه بل خلاف الاولى فان الأجل قابله قسط من الثمن و القرض غير واجب عليه دائما بل هو مندوب و ما لم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقا و إلا فكل بيع بيع العينة اه و أقره فى البحر و النهر و الشرنبلالية و هو ظاهر و جعله أبو السعود محمل قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و حمل قول محمد رحمه الله تعالى و الحديث على صورة العود هذا كذا فى الشامية ص ٣١١ ج ٤. (٢)قال الجوهريّ فى الصحاح مادة برر ص ٥٨٨ ج٢. (٣)قال الأكملّ فى العناية ص ٣٢٤ ج٦.

و كيفما كان فالشراء للمشتري و هو الكفيل و الربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد قال و من كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل (١) بينته لأن المكفول به مال مقضي به

فإن قيل الدين معلوم و المأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولاً أجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن (و كيفما كان) أي سواء كان قوله تعين علي وكالة أو كفالة فاسدة (فالشراء للمشتري) بكسر الراء (و هو الكفيل و الربح أي الزيادة) أي الزيادة على الدين (عليه) أي على الكفيل (لأنه هو العاقد) أي لأن الكفيل هو العاقد (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كفل عن رجل بما ذاب له) أي بما وجب و ثبت له (عليه أو بما قضى له عليه) أي بما حكم له عليه من الحق (فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل (٢) بينته) أي بينة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضي به عليه (لأن المكفول به مال مقضي به) على الأصيل لأن الكفيل التزم مالا يقضى به

---

(١) لم يقبل -ن- لم تقبل. (٢) لم يقبل بينته لأنه انما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة لأنه جعل الذوب شرطا و الشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا و البينة لم تشهد بقضاء دين وجب بعد الكفالة فلم تقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي و هذا في لفظ القضاء ظاهر و كذا في ذاب لان معناه تقرر و وجب و هو بالقضاء بعد الكفالة حتى لوادعى انى قدمت الغائب الى قاضي كذا و أقمت عليه بينة بكذا بعد الكفالة و قضى لى عليه بذلك و أقام البينة على ذلك صار كفيلا و صحت الدعوى و قضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بامره أولا الا انه اذا كانت بغير أمر يكون القضاء على الكفيل خاصة كذا في الفتح و قوله حتى لو ادعى الخ هو معنى ما في الفصول العمادية ادعى على رجل انه كفل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه بالكفالة و أنكر الحق و أقام المدعى بينة أنه ذاب له على فلان كذا فانه يقضى به في حق الكفيل الحاضر و في حق الغائب جميعا حتى لوحضر الغائب و أنكر لا يلتفت الى انكاره اه فان قوله و أقام المدعي بينة أنه ذاب له على فلان كذا معناه انه وجب له عليه بالقضاء بعد الكفالة أي ان القاضي قضى له عليه بذلك فحيث برهن على أن الأصيل الغائب محكوم عليه بذلك ثبت شرط الكفالة فصار الكفيل خصما فيثبت عليه المال قصدا و على الغائب ضمنا بخلاف ما في المتن فان المدعي برهن على أن له على الاصيل كذا لا على أنه كان حكم له على الاصيل بكذا فلو قبلت هذه البينة يكون قضاء على الغائب قصدا لان الكفيل لم يصر خصما لانه لم يثبت شرط كفالته فالفرق بين المسئلتين جلي واضح و ان خفي على صاحب النهر و غيره و العجب من قوله البحر ان جزمهم هنا بعدم القبول ينبغي أن يكون على الرواية الضعيفة أما على أظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغي النفاذ اه فان المفتى به نفاذ القضاء على الغائب من حاكم يراه كشافعي حتى لو رفع حكمه الى الحنفي نفذه كما حرره صاحب البحر نفسه في كتاب القضاء و كلامهم هنا في الحاكم الحنفي فان حكمه لا ينفذ لما علمته من عدم الخصم كذا في الشامية.

و هذا في لفظة القضاء ظاهر و كذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر و هو بالقضاء أو مال يقضى به و هذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطال الله بقائك و الدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح و من أقام البينة أن له على فلان كذا و أن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل و على المكفول عنه و إن كانت الكفالة بغير أمره يقضي على الكفيل خاصة و إنما تقبل لأن المكفول به

في المستقبل فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل لأن شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الأصيل و لم يوجد الشرط لأن القضاء على الأصيل لا يوجد بهذه البينة حال غيبته لانه يكون قضاء على الغائب و هو لا يصح عندنا خلافاً للشافعي و مالك رحمهم الله تعالى (و هذا في لفظة القضاء) و هو قوله أو بما قضى له عليه (ظاهر) لدلالة ما قضى بصراحة عبارته (و كذا في الاخرى) أي و كذا ظاهر في المسألة الاخرى و هو قوله ما ذاب له عليه لانه يستلزم ذلك (لان معنى ذاب تقرر) و قد قلنا إنه مستعار من ذوب الشحم (و هو) أي التقرر (بالقضاء) و الدعوى مطلقة عن ذلك [illegible] مطابقة بينهما (أو مال يقضى به) معطوف على قوله مال مقضى به يعني كفل بمال يقضى به بعد الكفالة فلم توجد هذه الصفة لا يكون كفيلاً به (و هذا ماض) أى قوله ذاب أو قضى ماض و لكن (أريد (١) به المستقبل) و في نسخة شيخنا أريد به المستأنف أى يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل (كقوله) أي كقول الداعي لشخص (أطال الله تعالى بقاءك) فهو و إن كان ماضياً يراد به المستقبل (و الدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح) أي دعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجباً قبل الكفالة و ذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة حتى لو أقام البينة أنه وجب له على الغائب ألف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته كذا قالوا في شرح الجامع الصغير (و من أقام البينة أن له على فلان كذا و أن هذا كفيل عنه) أي عن فلان (بأمره) أي بأمر [illegible] ي فإن المال الذى قامت به البينة (يقضى به على الكفيل و على المكفول عنه) الذي هو الغائب (و إن كانت الكفالة بغير أمره) أي بغير أمر فلان (يقضي على الكفيل خاصة) يعني دون الغائب (و إنما تقبل) أي إقامة البينة من المدعي حتى يقضي بالمال على الكفيل (لان (٢) المكفول به

---

(١)أريد به المستقبل لأنه معلق عليه فان المعنى ان وجب لك عليه شيء في المستقبل فأنا كفيل به حتى لو كان له علية مال ثابت قبل الكفالة لم يكن مكفولا به كذا في الشامية ص٣١١ ج٤ (٢)لأن المكفول به الخ قال في النهر و في الجامع الكبير جعل المسألة مربعة اذ الكفالة إما مطلقة ككفلت بما لك على فلان أو مقيدة بألف درهم =>

مال مطلق بخلاف ما تقدم و إنما يختلف بالأمر و عدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء و معاوضة انتهاء و بغير أمر تبرع (١)ابتداء و انتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر و إذا قضى به بالأمر ثبت أمره و هو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه و الكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه يعتمد (٢) صحتها قيام الدين في زعم الكفيل

مال مطلق) أي عن التوصيف بكونه مقضياً به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت و قبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة (بخلاف ما تقدم) أي بخلاف المسألة المتقدمة و هي قوله و من كفل عن رجل بما ذاب له... إلى آخره حيث لا يقبل بينة المدعي على الكفيل لان ثمة المكفول به مال مقيد و هو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة و دعوى المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل ثم اعلم أن فائدة القضاء على الكفيل و على المكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه لانه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب و قضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه و ثبت إقراره بالدين و انتصب الحاضر خصماً عن الغائب بخلاف ما إذا أقام البينة على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة و لا يثبت على الغائب شيء لانه لما لم يثبت الامر من الغائب لم يتعد القضاء إليه كذا قال الإمام الزاهد العتابي (و إنما يختلف) أي حكم القاضي بالرجوع على الاصيل (بالامر و عدمه لانهما) أي لان الكفالة بأمره و الكفالة بغير أمره (يتغايران لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء و معاوضة انتهاء و بغير أمر تبرع في الحالين) أي في الابتداء و الانتهاء (فبدعواه أحدهما) أي أحد عقدي الكفالة (لا يقضى له بالآخر) لان ذلك غير مشهود به (و إذا قضى بها) أي بالكفالة (بالأمر ثبت أمره) أي أمر الأصيل وهو الأمر بالكفالة بحجة كاملة (و هو) أى الأمر بالكفالة (يتضمن الإقرار بالمال) لانه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه إلا إذا كان مقرا بالمال (فيصير مقضياً عليه و الكفالة بغير أمره لا تمس جانبه) أي جانب المكفول عنه (لانه) أي لان الامر أو الشأن (يعتمد صحتها) أي صحة الكفالة (قيام الدين) و لفظ صحتها مرفوع بقوله يعتمد و قوله قيام الدين بالنصب مفعول (في زعم الكفيل) لان المرء يؤاخذ بزعمه و الزعم بفتح الزاي و هو

=> و كل إما بالامر أو بدونه و قد علمت أن المقيدة اذا كانت بالأمر كان القضاء بها عليهما و إلا فعلى الكفيل فقط و أما المطلقة فان القضاء بها عليهما سواء كانت بالأمر أو لا لأن الطالب لا يتوصل لاثبات حقه على الكفيل إلا بعد اثباته على الأصيل و هذا لأن المذهب أن القضاء على الغائب لا يجوز اه كذا في الشامية ص٣١٢ ج٤ و تمامه في الفتح ص٣٢٧ ج٦. (١)تبرع ابتداء و انتهاء –ن– تبرع في الحالين. (٢)يعتمد –ن– تعتمد.

فلا يتعدي إليه و في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر و قال زفر رحمه الله تعالى لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره و نحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما في زعمه قال و من باع داراً و كفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم

لغة أكثر القراء في قوله تعالى ﴿هذا لله (١) بزعمهم﴾ و قرأ الكسائيّ بالضم (فلا يتعدى إليه) أي إلى المكفول عنه لانها لم تكن بأمره فلم تمس جانبه (و في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر و قال زفر رحمه الله تعالى لا يرجع) أي الكفيل على الأصيل (لأنه) أي لأن الكفيل (لما أنكر فقد ظلم في زعمه) يعني أن الكفيل لما أنكر بزعم أن الطالب ظلمه (فلا يظلم غيره و نحن (٢) نقول صار مكذباً شرعاً) لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه فيما زعمه (فبطل ما في زعمه) كمن اشترى شيئاً و أقر بأن البائع باع ملكه ثم استحقه آخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن كذا ذكره شمس الأئمة و قاضي خان رحمهما الله تعالى (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من باع داراً و كفل رجل عنه بالدرك) الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع و ضمان الدرك صحيح بإجماع الفقهاء و هو المنصوص عن الشافعي رحمه الله تعالى و أخرج أبو العباس الشافعي رحمه الله تعالى قولاً آخر أنه لا يصح (فهو) أي ضمان الدرك (تسليم) من (٣) الكفيل و تصديق بأن الدار ملك البائع و المسألة في الجامع الصغير و صورتها فيه محمد رحمهما الله تعالى عن يعقوبّ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الرجل يبيع

---

(١) هذا لله الآية. الانعام: ١٣٧. (٢) و نحن نقول الخ. و في فتح القدير ص٣٢٧ ج٦. و استشكل عليه قول محمد رحمه الله تعالى فيمن اشترى عبدا فباعه فرد عليه بعيب بالبينة بعد إنكاره العيب فعند محمد رحمه الله تعالى لا يرده على بائعه خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى فلم يبطل زعمه بالقضاء بالبينة. أجيب بأنه انما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال و الماضي و القاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس شرطا للرد على الثاني اه و في المنحة على البحر ص٣٩٧ ج٦. اعلم أن دعوى الخصم في الأمور التي تثبت أولا بالبينة التي كذبه الشرع بذلك صحيحة لا يعتبر فيها التناقض لتكذيب الشرع كما نحن فيه و أما في الأمور التي يحتاج فيها ثانيا إلى الدعوى و إقامة البينة فليست بصحيحة كما لو ادعى على آخر أنه اشترى منه أمته هذه ثم قال لست أنا بائعك قط فبرهن عليه المدعي فوجد عيبا فبرهن البائع أنه باعه و برئ من كل عيب لا تقبل بينة البراءة للتناقض. و وجه هذا أن الانكار معدوم من وجه موجود من وجه فيعمل بالوجهين فاعتبر عدمه فيما لا يحتاج إلى الدعوى ثانيا و اعتبر وجوده فيما يحتاج إليها فليكن هذا في ذكر منك فانه كثير النفع كذا في الحواشي اليعقوبية. (٣) تسليم من الكفيل الخ. حتى لو ادعي الكفيل الدار لنفسه على المشترى لم تسمع دعواه لأنها لو صحت لرجع المشترى عليه بحكم الكفالة فلا يفيد كذا في النهاية. و كذا اذا كان الكفيل شفيعها فلا شفعة له فلا تسمع دعواه بالملك فيها و بالشفعة و بالاجارة كذا في البحر ص٣٩٩ ج٦.

لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته و إن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها إحكام البيع و ترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع قال و لو شهد و ختم و لم يكفل لم يكن تسليماً و هو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع و لا هي إقراراً (١) بالملك

الدار و يكفل رجل للمشتري بما أدركها من درك ثم جآء الكفيل يدعيها قال كفالته تسليم للبيع فإن شهد على البائع و ختم لم تكن شهادته و ختمه تسليماً للبيع إلى هنا لفظ محمد رحمه الله تعالى فيه قال المصنف (لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه) يعني لو باع بشرط الكفالة كان تمام البيع متعلقاً (بقبوله) أي بقبول الكفيل فصار كأنه هو الموجب للعقد و لا يصح دعواه بعد ذلك و هو معنى قوله (ثم بالدعوى) بعد ذلك (يسعى (٢) في نقض ما تم من جهته) فلا يجوز ذلك (و إن لم تكن) أي الكفالة (مشروطة فيه) أي في البيع (فالمراد بها) أى بالكفالة (إحكام البيع) بكسر الهمزة أى إتقانه (و ترغيب المشترى فيه) أى فى البيع (إذ لا يرغب) أى المشترى (فيه دون الكفالة) خوفاً من الاستحقاق (فنزل منزلة الإقرار بملك البائع) أي تنزل عقد الكفالة بمنزلة قوله اشتر هذه الدار و لا تبال فإنها ملك البائع و من أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك و إنما قال نزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و لو شهد) أي لو شهد الشاهد على بيع الدار (و ختم) شهادته بأن كتب اسمه في الصك و جعل اسمه تحت رصاص مكتوباً و وضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير و التبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني و قال الكاكي قيل (٣) لفظ ختم وقع اتفاقاً باعتبار عادة العرب و هذا عرف زمانهم أما في زماننا هذا العرف لم يبق (و لم يكفل لم يكن تسليماً و هو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع) لعدم الملائمة (و لا هي) أي الشهادة (إقرارا بالملك

(١) إقراراً –ن– باقرار. (٢) يسعى فى نقض الخ. و فى الحادى عشر من بيوع الخلاصة: من سعى فى نقض ما تم من جهته لم يعتبر إلا فى موضعين: أحدهما رجل اشترى عبدا و قبضه و نقد الثمن ثم ادعى أن البائع باعه قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بينته. و الثانى اذا وهب جاريته من انسان فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بينته و يرجع على الموهوب له بالجارية و العقر اه و الحصر المذكور ليس بصحيح لأنه يرد عليه ما ذكره قاضي خان من البيوع: لو ادعى المشترى أن المبيع حر تسمع دعواه و ما لو باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها و أنها وقف فان بينته مقبولة على المختار كما ذكره الولوالجي لكن لا تسمع دعواه للتناقض مع أنه ساع فى نقض ما تم من جهته كذا فى البحر ص ٣٩٩ ج٦. (٣) قيل الخ. نحوه فى العناية. و فى الشامية ص ٣١٣ ج ٤. قال فى النهر: و لم أر ما لو تعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط و الذى يجب أن يعول عليه اعتبار المكتوب فى الصك فان كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا به و إلا لا.

لأن البيع مرة يوجد من المالك و تارة من غيره و لعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا إذا كتب في الصك باع و هو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً و هو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين.

فصل فى الضمان

قال و من باع لرجل ثوباً و ضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة و هي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه

لأن البيع مرة يوجد من المالك و تارة من غيره و لعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم) من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك (قالوا) أي مشايخنا (إذا كتب في الصك باع) فلان (و هو) أي و الحال أنه (يملكه أو بيعاً باتاً) أي أو باع بيعاً باتاً (نافذاً و هو) أي الشاهد (كتب شهد بذلك فهو تسليم) فلا يصح دعواه (إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين) فإنه ليس بتسليم و إن كان المكتوب فى الصك ما يدل على الصحة و النفاذ.

(فصل فى الضمان)

أي هذا فصل فى بيان الضمان و الضمان و الكفالة بمعنى واحد و لهذا سمى أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان و لما (١) كان مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير فى اللفظ (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من باع (٢) لرجل ثوباً و ضمن له الثمن) أى باع لأجل رجل ثوباً و ضمن البائع للآمر الثمن صورته فى الجامع محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى في الرجل يعطي الرجل ثوباً ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال الضمان باطل (أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال) أي أو باع مضارب من متاع رب المال شيئاً و ضمن ثمنه لرب المال (فالضمان باطل) في الصورتين (لأن الكفالة التزام المطالبة و هي) أي المطالبة (إليهما) أي إلى الوكيل و المضارب و حقوق العقد ترجع إلى العاقد فاختصت المطالبة به فلو صح الضمان منهما (يصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه) و انه لا يجوز بخلاف الوكيل بالنكاح فإن ضمن المهر من الزوج يصح لأنه سفير و لهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامناً لنفسه كذا ذكره المرغيناني و المحبوبي رحمهما الله تعالى و على

(١)و لما كان الخ. كذا فى العناية. و فى الفتح: الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير و ذكرت فيه بلفظ الضمان أوردها مترجمة بذلك. (٢)من باع لرجل الخ. اللام فى لرجل لام الملك أى باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه كذا فى الفتح.

و لأن المال أمانة في أيديهما و الضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع و المستعير و كذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة و ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه و لو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه و لا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما و يقبض إذا نقد ثمن صحته و إن قبل الكل قال و من ضمن عن آخر خراجه و نوائبه

قياس قول الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى ينبغي أن يصح هذا الضمان لأن للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامناً لنفسه كما فى النكاح (و لأن المال) هذا وجه آخر في تعليل المسألتين المذكورتين و هو أن المال (أمانة في أيديهما) أي في يد الوكيل و المضارب و الأمين لا يكون ضميناً (و الضمان تغيير لحكم الشرع) لأنه يناقضه (فيرد عليه) أي على الضامن (كاشتراطه) أي كاشتراط الضمان (على المودع) بفتح الدال (و المستعير) فإنه لا ضمان عليهما شرعاً فاشتراطه يكون تغييراً للمشروع فلا يجوز كمن عليه السهو إذا سلم بنية قصد الخروج يرد عليه و لا يخرج حتى كان له أن يعود إلى سجدتي السهو و كمن نذر أن يصوم غداً و عليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء فيرد عليه نية تعيينه الغد لصوم النذر لأنه تغيير للمشروع و هو صلاحية الغد لصوم القضاء (و كذا) أي و كذا لا يصح الضمان إذا كان (رجلان باعا عبداً صفقة واحدة و ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة) أي مع بقاء الشركة الشائعة (يصير ضامناً لنفسه) لان ما من جزء من الثمن إلا و هو مشترك بينهما (و لو صح) أي الضمان (في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه) حيث امتاز نصيب أحدهما و الدين لا يحتمل القسمة قبل القبض لأن القسمة إفراز و الإفراز يتحقق في الاعيان لا في الاوصاف و الدين وصف و لان فى القسمة معنى التمليك و تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز كذا فى جامع قاضي خانْ (و لا يجوز ذلك) أي قسمة الدين قبل قبضه (بخلاف ما إذا باعا) عبداً (بصفقتين) بأن سمى كل واحد منهما لنفسه ثمناً ثم ضمن أحدهما الآخر صح ضمانه (لانه لا شركة) إذ نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر (ألا ترى) توضيح لما قبله (أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما و يقبض إذا نقد ثمن حصته و إن قبل الكل) أي و إن قبل المشتري الكل بكلام واحد (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ضمن عن آخر خراجه و نوائبه) جمع نائبة و اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق كأجر الحارس و

و قسمته

كري نهر العامة و قال بعضهم هو ما يحتاج الامام إليه نحو تجهيز المقاتلين و فداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف مالا على الناس فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل موسر نظراً للمسلمين فضمن إنسان قمسة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز و أما النوائب التي يوظفها السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لانه لا دين عليه فلا تصح و قال بعضهم (١) يصح حتى إذا أدى بعدما ضمن بأمره يرجع عليه لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حساً فكان بمنزلة دين واجب و إليه ذهب فخر الإسلام البزدوي و أما النوائب الكبرى الداهية التي هي المكس فهي حرام قطعاً فلا تجوز الكفالة بها و لا التصرف فيها بوجه من الوجوه أصلاً وقد لعن الشارع صاحب المكس (و قسمته) قال الفقيه أبوالليث السمرقندي رحمه الله تعالى ذكر عن أبي بكر بن سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غلطا لأنه لا معنى له يعني أن القسمة مصدر و المصدر فعل و هذا الفعل غير مضمون و رد بأن القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى و نبئهم (٢) أن المآء قسمة بينهم و المراد النصيب و كان الفقيه أبوجعفر يقول معناها إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه و امتنع الآخر عن

(١)قال بعضهم يصح الخ. و في البحر ص٤٠١ ج٦: و ظاهر كلامهم ترجيح الصحة اى فى كفالة النوائب بغير حق و لذا قال فى ايضاح الاصلاح و الفتوى على الصحة و فى الخانية الصحيح الصحة و يرجع على المكفول عنه ان كان بامره اه و عليه مشى فى الاختيار و المختار و الملتقى نعم صحح صاحب الخانية في شرحه على الجامع الصغير عدم الصحة و كذلك أفتى فى الخيرية بعدم الصحة مستندا لما فى البزازية و الخلاصة من أنه قول عامة المشايخ و لما فى العمادية من أن الاسير لو قال لغيره خلصنى فدفع المأمور مالا و خلصه قال السرخسي يرجع و قال صاحب المحيط لا و هو الاصح و عليه الفتوى قال فهذا يدفع ما فى الاصلاح و ما فى الخانية و العلة فيه أن الظلم يجب اعدامه و يحرم تقريره و فى القول بصحة تقريره اه ملخصا قلت غاية الامر أنهما قولان مصححان و مشى على الصحة بعض المتون و هو ظاهر اطلاق الكنز و غيره لفظ النوائب فكان أرجح و أما مسئلة الاسير فليس فيها كفالة و لا أمر بالرجوع على أنه في الخانية صحح أنه يرجع على الاسير و به جزم فى شرح السير الكبير بلاحكاية خلاف كما قدمناه فى متفرقات البيوع و أما قوله و العلة فيه الخ فهو مدفوع بما رأيته فى هامش نسختى المنح بخط بعض العلماء و أظنه السيد الحموى مما حاصله أن المراد من صحة الكفالة بالنوائب رجوع الكفيل على الاصيل لو كانت الكفالة بالامر لا أنه يضمن لطالبها الظالم لأن الظلم يجب اعدامه و لا يجوز تقريره فلا تغتر بظاهر الكلام اه و هو تنبيه حسن و لهذا لم يذكروا الرجوع على الكفيل بل اقتصروا على بيان الرجوع على الاصيل لو الكفالة بامره و ليس فى هذا تقرير الظلم بل فيه تحقيقه لانه لولا الكفالة يحبس الظالم المكفول و يضربه و يكلفه ببيع عقاره و سائر املاكه بثمن بخس أو بالاستدانة بالمرابحة و نحو ذلك مما هو مشاهد و لعلهم لهذا أجازوا هذه الكفالة و ان لم يجيزوها بثمن خمر و نحوه و الله سبحانه أعلم. (٢)و نبئهم الآية. القمر: ٢٨.

فهو جائز أما الخراج فقد ذكرناه و هو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل و لهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية و أما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك و أجر الحارس و الموظف لتجهيز الجيش و فداء الأسارى و غيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق و إن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمه الله تعالى و ممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي

ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لأن القسمة واجبة عليه و قال بعضهم منهم فخر الإسلام البزدوي يحتمل أن يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كأجرة الحارس و نحوها و قال بعضهم معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه قال (١) الأكمل فتكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء (فهو جائز) جواب عن قوله و من ضمن (أما الخراج) هذا شروع في بيان قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع و هو الذي ذكره أولاً بقوله و من ضمن إلى آخره (فقد ذكرناه) أي قبل هذا الفصل بقوله و الرهن و الكفالة جائزان في الخراج (و هو) أي الخراج (يخالف الزكاة لأنها) أي لأن الزكاة (مجرد فعل) و هو تمليك المال من غير أن يكون ديناً و في الفوائد الظهيرية الخراج دين كسائر الديون كأنه أراد به الموظف يخالف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان لها لأن الواجب جزء من النصاب و هو غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئاً و الكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة (و لهذا) أي و لأجل كون الزكاة مجرد فعل (لا تؤدي بعد موته) أي بعد موت من عليه الزكاة (من تركته إلا بوصية) منه و قد عرف في موضعه (و أما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك و أجر الحارس و الموظف) أي المقرر من جهة الامام (لتجهيز الجيش) عند خلو بيت المال (و فداء الأسارى) و هو تخليصهم من الأسر من أيدي الكفرة (و غيرها) كإطفاء النائرة (جازت الكفالة بها) أي بالنوائب بالحق (بالاتفاق) بين أصحابنا و غيرهم من الفقهاء (و ان اريدبها) أى بالنوائب (ما ليس بحق) بل بظلم من الملوك الظلمة (كالجبايات) و هي المصادرات (في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله تعالى) و قد ذكرناه عن قريب مفصلاً (و ممن يميل إلى الصحة) أي صحة الكفالة بها (الامام علي البزدوي) و هو (٢) فخر الاسلام علي (٣) بن محمد بن الحسين

---

(١)قال الأكمل في العناية ص٣٣٢ ج٦. (٢)و هو فخر الاسلام. أما أخوه صدر الاسلام فأبى صحة الكفالة بها كذا في الفتح. (٣)على بن محمد الخ. و في الفوائد البهية: (على بن محمد) بن عبد الكريم بن موسى البزدوى الامام الكبير الجامع بين اشتات العلوم امام الدنيا في الفروع و الاصول له تصانيف كثيرة معتبرة. منها المبسوط =>

و أما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها و الرواية بأو و قيل هي النائبة

ابن عبد الكريم النسفي و عبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام أبي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي (و أما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها) أي أو حصة الرجل من النوائب يعني إذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى النهر المشترك فأصاب واحداً شيء من ذلك فيجب أداؤه فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل (١) و لكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير و قسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله عز و جل ﴿من كان (٢) عدواً لله و ملائكته و رسوله و جبريل و ميكال﴾ قال المصنف (و الرواية بأو) أي بكلمة أو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو و أما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو (و قيل (٣) هي النائبة

=> إحدى عشر مجلداً و شرح الجامع الكبير و شرح الجامع الصغير و كتاب كبير في أصول الفقه مشهور بأصول البزدوى معتبر معتمد و كتاب في تفسير القرآن يقال انه مائة و عشرون جزءاً كل جزء في ضخم مصحف و غناء الفقهاء في الفقه ولد في حدود سنة أربعمائة و مات في خامس رجب سنة اثنتين و ثمانين و أربعمائة و حمل تابوته الى سمرقند (قال الجامع) قد طالعت أصوله مع شرحه الكشف للبخارى و شرح الهداد و الجونفورى و هو كتاب نفيس معتمد عند الأجلة. ثم كلام الكفوى ههنا و كلامه في ترجمة أحمد بن أبي اليسر محمد بن محمد و كلامه في ترجمة عبد الكريم بن موسى على ما مر كل ذلك نص على ان عبد الكريم جد لفخر الاسلام و أخيه أبي اليسر صدر الاسلام و هو مخالف لما ساق غيره ممن يعتمد عليه مما يدل على انه جد لوالد فخر الإسلام. قال السمعاني المشهور بالانتساب اليها أي الي بزدة أبو الحسن على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى البزدوى فقيه ما وراء النهر و أستاذ الأئمة و صاحب الطريقة على مذهب أبي حنيفة و أخوه أبو اليسر محمد بن محمد بن الحسين المعروف بالقاضي الصدر و كان من فحول المناظرين انتهى. و في الطبقة الخامسة و العشرين من سير النبلاء للذهبي شيخ الحنفية عالم ما وراء النهر أبو الحسن على بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم البزدوى صاحب الطريقة قال السمعاني ما حدثنا عنه سوى صاحبه أبي المعالي محمد بن نصر الخطيب قال و كان امام الأصحاب بما وراء النهر و له التصانيف الجليلة درس بسمرقند و مات بكش في رجب سنة اثنتين و ثمانين و أربعمائة و كان أحد من يضرب به المثل في حفظ المذهب و ولد في حدود سنة أربعمائة انتهى. و فيه أيضاً العلامة شيخ الحنفية بعد أخيه الكبير أبي اليسر محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم المحدث بن موسى بن مجاهد النسفي قال عمر بن محمد في القند كان امام الأئمة على الاطلاق و الموفود اليه من الآفاق ملأ الكون بتصانيفه في الاصول و الفروع و ولى قضاء سمرقند و أملى الحديث توفي ببخارى في تاسع رجب سنة ثلاث و تسعين و و أربعمائة و مولده سنة إحدى و عشرين و أربعمائة انتهى. و في طبقات القاري على بن محمد بن الحسين أبو الحسن المعروف بفخر الاسلام و هو أخو أبي اليسر البزدوى الفقيه الكبير بما وراء النهر انتهى. (١)قيل الخ. كذا في العناية. (٢)من كان الآية . البقرة: ٩٨. (٣)و قيل الخ. و في الكفاية و قيل أراد بالقسمة أجرة الكيال الذى يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة اه. و في المنحة على البحر ص٤٠٣ ج٦. قال في اليعقوبية: و قيل هي أجرة القسام و هي مطلوبة شرعاً اه.

الموظفة الراتبة و المراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب و الحكم ما بيناه و من قال لآخر لك علي مائة إلى شهر و قال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي و من قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر و قال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن و وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه و هو تأخير المطالبة إلى أجل و في الكفالة ما أقر بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر و لأن الأجل في الديون عارض

الموظفة الراتبة) وهى المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلاثة أشهر كذا فى الفوائد الظهيرية و فسروها في شروح الجامع الصغير بأجرة الحارس و نحوها (و المراد بالنوائب) أي بالنوائب المذكورة أولاً (ما ينوبه غير راتب) أي ما ينوب الشخص غير دائم و لا موظف (و الحكم (١) ما بيناه) يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالإتفاق و اختلاف المشايخ فيما كان بغير حق (و من قال لآخر لك علي مائة إلى شهر و قال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي) و هذه و التي بعدها من مسائل الجامع الصغير و هي قوله (و من قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر و قال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن) أي في ظاهر الرواية و قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي رحمه الله تعالى القول قول المقر في الفصلين على ما يجيء (و وجه الفرق) بين المسألتين (أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه و هو تأخير المطالبة إلى أجل) و المقر له ينكر ذلك فالقول قول المنكر في الشرع (و في الكفالة ما أقر) أي الكفيل (بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح) من الجواب (إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر) و المكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال و الضامن ينكر ذلك القول فالقول للمنكر فإن قيل فعلى هذا التقدير تتعطل الكفالة عن موجبها و هو التزام المطالبة فينبغي أن لا يكون القول للضامن قلنا لا تتعطل لأن التزام المطالبة إما للحال أو في المستقبل و قد وجد منها التزام المطالبة في المستقبل فكانت صحيحة إليه أشار في الفوائد الظهيرية (و لأن الأجل في الديون عارض) هذا بيان فرق آخر ذكره لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء لأن الفرق الأول اقناعي جدلي لدفع الخصم في المجلس و معنى هذا الفرق على ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه و ما يثبت له بدونه كان ذاتيا له و هو حسن لأنا لو قطعنا

(١)و الحكم الخ. و فى الفتح: ثم من أصحابنا من قال الأفضل للانسان أن يساوى أهل محلته فى إعطاء النائبة. قال شمس الأئمة: هذا كان فى ذلك الزمان لأنه إعانة على الجائحة و الجهاد أما فى زماننا فاكثر النوائب تؤخذ ظلما و من تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له و ان أراد الاعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير يستعين به الفقير عن الظلم و ينال المعطى الثواب.

حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلاً على الأصيل و الشافعي رحمه الله تعالى ألحق الثاني بالأول و أبويوسف رحمه الله تعالى فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني و الفرق قد أوضحناه قال و من اشترى جارية فكفل له رجل

النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضاً و الأجل في الديون بهذه المثابة (حتى لا يثبت إلا بالشرط) لأن ثمن البياعات و المهور و قيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط (فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار) إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط و ينكره الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين (أما الأجل في الكفالة فنوع منها) أي نوع من الكفالة يعني أن الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة (حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل) لأن الأجل في الكفالة ذاتي فإذا كان ذاتياً كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله (و الشافعي رحمه الله تعالى ألحق الثاني بالأول و أبو يوسف رحمه الله تعالى فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني) هكذا وقع في عامة النسخ و ليس بصحيح بل الصحيح عكسه فإن الشافعي رحمه الله تعالى ألحق الأول بالثاني و أبايوسف رحمه الله تعالى ألحق الثاني بالأول و ذلك لأن الشافعي رحمه الله تعالى قال القول للمقر في الفصلين جميعاً و بيانه أن الشافعي رحمه الله تعالى ألحق الإقرار بالدين بالإقرار بالكفالة حيث صدق المقر بالدين المؤجل كما صدقنا المقر بالكفالة و أبويوسف رحمه الله تعالى ألحق الاقرار بالكفالة المؤجلة بالاقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعاً و في الكافي ما ذكر في الهداية أن الشافعي رحمه الله تعالى ألحق الثاني بالأول مشكل لأن مذهبه على عكسه فيحتمل أن يكون له قولان أو لفظة المصنف الشافعي ألحق الأول بالثاني و أبويوسف رحمه الله تعالى الثاني بالأول وقع من الكاتب و قال الأكمل فمن الشارحين من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما و منهم من حمله على الغلط من الناسخ و لعله أظهر (و الفرق) بين المسألتين (قد (١) أوضحناه) عند قوله و وجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه... إلى آخره (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من اشترى جارية

(١) قد أوضحناه. و في البحر. و ذكر الشارح: و الحيلة فيها اذا كان عليه دين مؤجل و ادعى عليه و خاف الكذب إن أنكر و المؤاخذة في الحال إن أقر أن يقول للمدعى هذا الذى تدعيه من المال حال أم مؤجل فان قال مؤجلا فلا دعوى عليه في الحال و إن قال حال فينكره و هوصدوق فلا حرج عليه. و قيل من عليه الدين مؤجل إذا أنكر الدين و قال ليس له قبلي حق فلا بأس به إذا لم يرد به إتواء حقه اه.

بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع لأن بمجرد الإستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع و الكفيل و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الإستحقاق و موضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل

فكفل له رجل بالدرك) و تفسير الدرك مر (فاستحقت (١) لم يأخذ) أي المشترى (الكفيل حتى يقضي له) أي للمشتري (بالثمن (٢) على البائع لأن بمجرد الاستحقاق) أي القضاء بالإستحقاق و القضاء بالمبيع للمستحق (لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع) لأن احتمال (٣) إجازة المستحق البيع ثابت (فلم يجب له على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل) لأن الكفالة تحمل الضمان على غيره فلم يقض على الأصيل لأنه قد يجب التحمل على الكفيل (بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها (لعدم المحلية) أي محلية البيع (فيرجع) أي المشتري (على البائع و الكفيل) أي و على الكفيل أيضاً إن شاء (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) في رواية الأمالي (أنه) أي أن الشأن (يبطل البيع بالاستحقاق) قبل أن يقضى على البائع بالثمن (فعلى قياس قوله) أي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى (يرجع) أي المشترى على الكفيل (بمجرد الاستحقاق) و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و موضعه) أي موضع الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الأصل) أراد

---

(١)فاستحقت. و في البحر. قيد بالاستحقاق لأن البيع لو انفسخ بينهما بما سواه و صار الثمن مضمونا على البائع لم يؤاخذ الكفيل به كما إذا فسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب. (٢) بالثمن. و في البحر: أشار بقوله "بالثمن" إلى أن المشترى لو بنى في الأرض ثم استحقت فإنه لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء و انما يرجع بها على البائع فقط اذا سلم النقض له و هو ظاهر الرواية و كذا لو كان المبيع جارية فاستولدها المشترى و استحقها رجل و أخذ منه قيمة الجارية و الولد و العقر فان المشترى يأخذ الثمن من أيهما شآء و لا يأخذ قيمة الولد إلا من البائع خاصة فالكفيل كبائع البائع لا رجوع عليه إلا بالثمن كذا في السراج الوهاج. (٣)لأن احتمال اجازة المستحق الخ. و صحح في فصول الاستروشني أن للمستحق أن يجيز بعد قضاء القاضي و بعد قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه بالثمن و الرجوع بالقضاء يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب و دعوى المرأة الحرمة الغليظة و دعوى الوقف في الأرض المشتراة أو أنها كانت مسجدا و يشارك الاستحقاق الناقل في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه و من تملك ذلك الشيء من جهته مستحقا عليهم حتى أنه لو أقام واحد منهم البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته و يختلفان في أن كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه و لا يرجع على كفيل الدرك مالم يقض على المكفول عنه كذا في فتح القدير.

و من اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم و هو ملك البائع فلا يصح ضمانه و قد تقع على العقد وعلى حقوقه و على الدرك و على الخيار و لكل ذلك وجه

بترتيب الاصل ترتيب محمد رحمه الله تعالى فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما أملى به أبويوسف رحمه الله تعالى فان محمد رحمه الله تعالى أخذ ما أملى و بين أبو يوسف رحمه الله تعالى باباً باباً و جعله أصلا و زاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف رحمه الله تعالى و زيادته من تصنيف محمد رحمه الله تعالى و لذلك سماه كتاب الزيادات و كان ابتداء إملاء أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا الكتاب من باب المأذون و لم يغيره محمد رحمه الله تعالى تبركاً به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذى هي عليه اليوم و الزعفراني هذا تلميذ محمد بن الحسن (و من اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل) هنا ثلاث مسائل ضمان العهدة و ضمان الدرك و ضمان الخلاص فضمان الدرك جائزة باتفاق صحابنا و ضمان العهدة باطل عندهم بالإتفاق و ضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و جائز عندهما و أما ضمان العهدة فقد ذكر في الجامع الصغير أنه باطل و لم يحك خلافاً و ذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ضمان العهدة ضمان الدرك و ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص و الدرك و العهدة واحد عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و هو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخلاص شرط و تفسيره عنده الصك الأصلي الذي كان عند البائع يشترط أن يسلمه إليه و هذا شرط لا يقتضيه العقد و لأحد المتعاقدين فيه منفعة فكان باطلا و الضمان به باطل أيضا لانه التزام شيء لا يقدر عليه (لان هذه اللفظة) أي لفظة العهدة (مشتبهة) في المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لانها (قد تقع) أي قد تطلق (على الصك القديم) لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد فسمى عهدة (و هو) أي الصك القديم (ملك البائع فلا يصح ضمانه و قد تقع على العقد) لان العهدة أخذت من العهد كالعقدة من العقد و العهد و العقد سواء (و على حقوقه) أي وقد تقع هذه اللفظة على حقوق العهد لانها من ثمرات العقد (و على الدرك) أي وقد تقع على الدرك (و على الخيار) أي و قد تقع على خيار الشرط لما جآء في الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أى خيار الشرط (و لكل ذلك وجه) يجوز

فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً و لو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه عبارة عن تخليص المبيع و تسليمه لا محالة و هو غير قادر عليه و عندهما هو بمنزلة الدرك و هو تسليم المبيع أو قيمته فيصح.

باب كفالة الرجلين

الحمل به عليه فصار مبهما (فتعذر العمل بها) قبل البيان فيبطل الضمان للجهالة (بخلاف الدرك) حيث يصح ضمان الدرك (لانه) أي لان ضمان الدرك (استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً) فيصح (و لو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى) و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى في رواية و اختاره القاضي الحنبليّ (لانه) أي لان ضمان الخلاص (عبارة عن تخليص المبيع) عن الاستحقاق (و تسليمه) أي و تسليم المبيع إلى المشتري (لا محالة و هو غير قادر عليه) لان المبيع إذا خرج حراً أو مستحقاً كيف يخلصه (و عندهما) أي و عند أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هو) أي ضمان الخلاص (بمنزلة الدرك) أي بمنزلة ضمان الدرك (و هو تسليم المبيع) إن قدر عليه (أو قيمته) (٢) أى أو تسليم قيمة المبيع إن عجز عن تسليم المبيع فإذا كان كذلك (فيصح) أي ضمان الخلاص هذا الذي ذكره المصنفّ ذكره المحبوبيّ في جامعه و قاضي خانّ و قال شمس الأئمةّ تفسير شرط الخلاص أن يشترط على البائع أن المبيع ان استحق من يده يخلصه و يسلمه بأي طريق يقدر عليه و هذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به إذ المستحق ربما لا يساعده عليه و لهذا ذكر (٣) أبوزيدّ في شروطه أن أبا حنيفة و أبايوسف رحمهما الله تعالى كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه أو ردّ الثمن و إن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع و انه باطل و علم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً أما إذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك و اتفقا على إرادته يجوز بالإجماع و الله أعلم.

(باب كفالة الرجلين)

أي هذا باب في بيان حكم كفالة الرجلين و لما ذكر كفالة الواحد عقبه بكفالة الاثنين إذ الإثنان

---

(١)راجع المغنى ص٧٧ ج٥. (٢)قيمته. و فى العناية. فى كلام المصنفّ نظر لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة و هو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا و بلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يلتبس فضيلة. (٣)ذكر أبو زيدّ الخ. كذا فى فتح القدير.

و إذا كان الدين على اثنين و كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم و كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف أصيل و في النصف الآخر كفيل و لا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة و بحق الكفالة لان الاول دين و الثاني مطالبة ثم هو تابع للأول فيقع عن الاول و في الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة

بعد الواحد وجوداً و كذا ذكراً (و إذا كان الدين (١) على اثنين و كل واحد (٢) منهما كفيل عن صاحبه) أي لرب الدين و هذا لفظ القدوري في مختصره و ذكر المصنف نظير الدين الكائن على اثنين من الجامع الصغير بقوله (كما إذا اشتريا) أي الإثنان (عبداً بألف درهم و كفل كل واحد منهما عن صاحبه) لما ذكر هذا من الجامع أتم لفظ القدوري بقوله (فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) هذا جواب المسألة ثم عللها بقوله (لان كل واحد منهما في النصف أصيل و في النصف الآخر كفيل و لا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة و بحق الكفالة لان الاول) هو حق الاصالة (دين) لانه أداء بحقيقة الدين (و الثاني) هو حق الكفالة (مطالبة) لأن ما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين و هو المطالبة (ثم هو) أي الثاني و هو المطالبة بالدين بالكفالة (تابع (٣) للاول) أي الدين و في المحيط الدين أقوى من المطالبة الا ترى ان الطالب يملك إخراجه عن المطالبة و لا يملك في حق ما لزم الأصيل فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة (فيقع عن الأول) أي عن حق الأصالة لأنه أقوى لأن الأصل فوق التبع (وفي الزيادة) أي على النصف (لا معارضة) لأنه لم يبق معارضة الأصل (فيقع عن الكفالة) فيرجع

(١)و إذا كان الدين الخ. ظاهر الكتاب استواء الدينين صفة و سببا فان اختلفا صفة بأن كان ما عليه مؤجلا و ما كان على صاحبه حالا فاذا أدى صح تعيينه عن شريكه و رجع به عليه و على عكسه لا يرجع لأن الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول و لو اختلف سببهما نحو أن يكون ما على أحدهما قرضا و ما على الآخر ثمن مبيع فانه يصح تعيين المؤدى لأن النية فى الجنسين المختلفين معتبرة و فى الجنس الواحد لغو كذا فى البحر معزيا إلى الفتح. (٢)و كل واحد الخ. قيد بكون كل كفيلا عن صاحبه احترازا عما لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر و أدى الكفيل فجعله عن صاحبه فانه يصدق كذا فى البحر. (٣)تابع للأول. و فى فتح القدير لا يقال إن هذا يقتضى أن على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا رحمهم الله تعالى لأنا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الاصالة ألا ترى أن المريض اذا اشترى فى مرض موته شيئا كان من جميع المال و لو كفل كان من الثلث و أيضا لو اشترى المريض و عليه دين جاز و لو كفل و عليه دين لا يجوز اه ملخصا.

و لانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور و إذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنفسه قليلاً كان أو كثيراً و معنى المسألة في الصحيح أن تكون (١) الكفالة بالكل عن الاصيل و بالكل عن الشريك و المطالبة متعددة

فيما أدى فيما وراء النصف (و لأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف فإنه جعل نقيض المدعي و هو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال و هو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال (لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع) عليه لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه و قوله (لأن (٢) أداء نائبه كأدائه) بيان للملازمة و تقريره أن صاحب المؤدي يقول له أنت أديت عني بأمري فيكون ذلك كأدائي و لو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدي عنك فإن رجعت علي و أنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فارجع عليك لأن ذلك أديته الذى عني فهو أدائي في التقدير فلو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أدائي كذلك و الشريك الآخر يقول مثل ما قال (فيؤدي (٣) إلى الدور) و لم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة علي النصف فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه إذ ليس على شريكه بحكم الاصالة إلا النصف فيفيد الرجوع (و إذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنفسه قليلاً كان أو كثيراً و معنى المسألة في الصحيح) قال تاج الشريعةّ قوله فى الصحيح أي كفل كل واحد منهما بمجموع الدين لرب الدين ثم صار كل واحد كفيلاً عن صاحبه بجميع المال و قال (٤) الاكملّ و إنما قال فى الصحيح ليتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال ثم يرجعان على الاصيل... إلى آخره على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى. (أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل و بالكل عن الشريك و المطالبة متعددة) لان كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الاصيل و مطالب بالكل أيضاً

(١)تكون –ن– يكون. (٢)لأن أداء نائبه الخ. أقول في الملازمة ما لا يخفي قوله لأن أداء نائبه كأدائه عن نفسه بحق الاصالة أو ما يعمه فمسلم و لا يفيد و ان أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع و كيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه عن كفيله فليتأمل كذا فى السعدية (٣)فيؤدي إلى الدور. و فى فتح القدير اعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء علي ما يتوقف عليه بل اللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه و تمامه فيه. (٤)قال الأكملّ فى العناية ص ٣٣٩ ج ٦.

فيجتمع الكفالتان على ما مر و موجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل و كما تصح الحوالة من المحتال عليه و إذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه و لا يؤدي إلى الدور لان قضيته الإستواء و قد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه و الآخر بنائبه و إن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره قال

من جهة الكفيل (فيجتمع الكفالتان) فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين (على ما مر) إشارة إلى أن الكفالة التوثق و عند اجتماع الكفالتين يزداد التوثق (و موجبها) أي موجب الكفالة (التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل و كما تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به على آخر و الجامع بينهما التزام ما وجب (و إذا عرف هذا) أي الذي ذكرناه (فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة) فيقع شائعاً (فلا ترجيح للبعض على البعض) لان الكل كفالة (بخلاف ما تقدم) أي في المسألة الاولى حيث لا يرجع صاحبه على صاحبه ما لم يزد على النصف لان أداء النصف كان بحق الاصالة و النصف الآخر بحق الكفالة (فيرجع على شريكه بنصفه و لا يؤدي إلى الدور لان قضيته) أى قضية عقد الكفالة (الاستواء) لاستوائهما في العلة و هي ضمان الكفالة فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى لانه مستو لصاحبه في الالتزام بجهة واحدة فوجب أن يستويا في العزم بسببه (و قد حصل) أي الإستواء (برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه) لانه لو رجع الشريك على هذا المؤدى ما بقيت المساواة (بخلاف ما تقدم) لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه و نصفه بكفالته عن شريكه و جعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم (ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه و الآخر بنائبه) و هو صاحبه الذي كفل عنه (و إن شاء رجع) عطف على قوله رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً أى و إن شاء من أدى منهما شيئاً رجع (بالجميع) أى بجميع ما أدى (على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره) و لو كان أحدهما كفيلا عن الكفيل لم يكن له رجوع على الاصيل (قال) قيل الظاهر أن قائله محمد رحمه الله تعالى قلت الظاهر أن قائله المنصف لان المسألة ما ذكرها إلا شراح الجامع الصغير و قال الاترازي قالوا في شروح الجامع

و إذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان إبراء الكفيل لا يوجب برائة الأصيل فبقى المال كله على الأصيل و الآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه و لهذا يأخذه به قال و إذا افترق المتفاوضان

الصغير (و إذا أبرأ رب المال أحدهما) أى أحد الكفيلين (أخذ (١) الآخر) أى الكفيل الآخر (بالجميع) أى بجميع الدين (لان إبراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل و الآخر كفيل عنه بكله) أى بكل الدين فيطالب بذلك (على ما بيناه) إشارة إلى قوله و معنى المسألة أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل و بالكل عن الشريك (و لهذا) أى و لاجل بقاء المال كله على الاصيل (يأخذه به) أي يأخذ رب المال الكفيل الذى لم يبرئه بجميع (٢) الدين (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا افترق (٣) المتفاوضان) أى شريكا المفاوضة و عليهما

(١)أخذ. ضبطه في النهر بالمد و هو غير متعين ففى المصباح: أخذه الله أهلكه و أخذه بذنبه عاقبه عليه و آخذه بالمد مؤاخذة كذلك اه كذا في الشامية. (٢)بجميع الدين. و في البحر ص٤٠٦ ج٦. و في المحيط: كفالة الرجلين المبسوط مسائله على أربعة أقسام: القسم الأول كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فأدى أحدهم برئوا و لم يرجع على صاحبيه بشيء و لو كان كل واحد كفيلاً عن صاحبه فأداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين و لصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بألف. القسم الثاني لرجل على أربعة نفر ألف درهم و مائتان و كل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال فإنه يأخذ أيهما شاء بسبعمائة و خمسين و أى اثنين شاء بجميع الألف. و ذكر في المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال و أي اثنين شاء بجميع المال. و القسم الثالث لرجل على عشرة أنفس ألف و كل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال يأخذه من أحدهم ثلاثمائة و خمسة و عشرين مائة حصته من الدين و مائتان و خمسة و عشرون حصته من الكفالة. القسم الرابع لو كان أصل المال على ثلاثة و كل واحد كفيل عن صاحبيه فأدى أحدهم شيئاً فهو على ثلاثة أوجه: في وجه يكون المؤدي عن نفسه و إن لم يعين و في وجه يكون المؤدي عنه و عن صاحبيه و في وجه يكون المؤدي عن نفسه إذا لم يعين فإن عين يكون عن صاحبه. مثال الأول لو كان المال على ثلاثة و كل واحد منهم كفيل عن صاحبه فأدى أحدهم شيئاً يكون إلى تمام الثلث عنه و ما زاد على الثلث يكون عن صاحبيه و لو قال هذا من كفالة صاحبي لم يصح. الثاني لو كان له على رجل ألف فكفل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم كفيلاً عن البعض فأدى أحدهم شيئاً يكون مؤدياً عن نفسه و عن صاحبه و ان عين أحدهما لا يصح و الثالث لو كان الدين على رجلين واحدهما كفيل عن صاحبه و الآخر لم يكفل عنه إن أدى الكفيل شيئاً و لم يعين كان المؤدي عنه و إن عين يكون عن صاحبه و تمامه مع البيان فيه. ثم قال في المنتقى: رجلان كفلا عن رجل بأمره بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى أحدهما شيئاً فله أن يرجع بجميع ما أدى على المكفول عنه و إن شاء رجع عليه بنصفه و على شريكه بنصفه. و إن ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على شريكه بشيء حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع عليه بالزيادة على النصف. و قال أبويوسف رحمه الله تعالى: إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة الكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره اه ملخصاً. (٣)و اذا افترق المتفاوضان الخ. قيد بالمفاوضين لأن شريك العنان لا يؤاخذ عن شريكه =>

فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الديون لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة و لا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال و إذا كوتب العبدان كتابة واحدة و كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه و وجهه أن هذا العقد جائز استحساناً و طريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه و يجعل كفيلاً بالالف في حق صاحبه و سنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى و إذا عرف ذلك

دين (فلأصحاب الديون أن يأخذوا ايهما شاءوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة) أى المفاوضة شركة عامة تبتنى على التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة و على الكفالة بما كان من ضمان التجارة (و لا يرجع أحدهما) أى أحد المتفاوضين (على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) في مسألة أول الباب (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة قيد بالكفالة الواحدة لأن المولى إذا كاتب كل واحد منهما على حدة و كفل أحدهما على الآخر لا يصح ذلك قياساً و استحساناً إذ الكفالة ببدل الكتابة لا تصح بإجماع الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى أما لو كانت الكتابة واحدة تصح استحساناً عندنا و لا يصح قياساً و به قالت (١) الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و كل واحد منهما) أى من العبدين (كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه و وجهه) أي وجه هذا المذكور (أن هذا العقد جائز استحساناً) لا قياساً لأنه باطل قياساً لأن الكفالة تبرع و المكاتب لا يملك التبرع (و طريقه) أى طريق جوازه استحساناً (أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه) أي بأداء (٢) كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر (و يجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه و سنذكره في المكاتب) أي في كتاب المكاتب (إن شاء الله تعالى و إذا عرف ذلك) أي ما ذكره

=> لأنها لا تتضمن الكفالة بل الوكالة و لذا قال فى البزازية من الشركة: أقر أحدهما بدين في تجارتهما و أنكر الآخر لزم المقر كله إن كان هو الذى تولاه و ان أقر أنهما تولياه لزم نصفه و لا يلزم المنكر شيء و ان أقر أنه وليه لم يلزم شيء اه كذا فى البحر ص٤٠٦ ج٦. (١)و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى كذا فى الفتح ص٣٤٠ ج٦. (٢)باداء كل واحد الخ. أقول الأولى أن يطرح كلمة كل فانهما يعتقان باداء واحد منهما كذا فى السعدية.

فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما و لو رجع بالكل لا تتحقق المساواة قال و لو لم يؤديا شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه و برىء عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلي العتق و ما بقي وسيلة فيسقط و يبقى النصف على الآخر لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما و إنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان و إذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما فلهذا يتنصف و للمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة و صاحبه بالاصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه

(فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما) أى في العلة و هي أن كل البدل مضمون على كل واحد منهما بعقد الكتابة و لهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميعا البدل (و لو رجع بالكل) أي بكل الألف الذي هو البدل (لا تتحقق المساواة) و كذا إذا لم يرجع بشيء (و لو لم يؤديا شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه) أي لمصادفة العتق ملك المولى (و برىء عن النصف) أي و برىء المعتق عن نصف البدل لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلي العتق و ما بقي وسيلة فيسقط) أي النصف (و يبقى النصف على الآخر) أي يبقى النصف الآخر على العبد الآخر (لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما) حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما (و إنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان) بأن يجعل كل البدل على كل واحد منهما بحكم الأصالة لا الكفالة فكان ضرورياً لا يتعدى غير موضعها (و إذا جاء العتق استغنى عنه) أى عن الاحتيال فاعتبر مقابلاً برقبتهما فلهذا يتنصف) و عورض بأنه إذا كان مقابلاً بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر و أجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفرق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برىء بأدائه عن نصيبه و عتق لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق و المولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً و يعتقا جميعاً فكان فى التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعاً (و للمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما) أي العبدين المكاتبين (شاء المعتق) بفتح التاء أى يأخذ المعتق (بالكفالة و صاحبه بالأصالة فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه

بأمره و إن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه أدى عن نفسه و الله أعلم.

باب كفالة العبد و عنه

و من ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق و لم يسم حالاً و لا غيره فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب و قبول الذمة إلا أنه لا يطالب به لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى و لم يرض بتعلقه به في الحال و الكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس

بأمره و إن أخذ الآخر لم يرجع) أي الآخر (على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه و الله أعلم) قال الأترازي و لنا فيه نظر لأن مطالبة المولى المعتق بحكم الكفالة و الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز و إذا سقط النصف بالعتق سقط مطالبته بالاصالة و بقي المطالبة بالكفالة و هي باطلة فينبغي أن لا يطالب المعتق أصلاً انتهى و الجواب عنه أن الكفالة ببدل الكتابة ابتداء لا تجوز و لهذا جعلنا البدل على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابةعلى هذا الوجه بقدر الإمكان أما بعد عتق أحدهما صار المعتق كفيلاً عن غير المعتق ببدل الكتابة بقاء فيجوز ذلك بقاء و إن لم يجز (١) ابتداء و الله أعلم.

(باب كفالة العبد و عنه)

أى هذا باب في بيان كفالة العبد عن الآخر و كفالة الآخر عن العبد و أخر هذا الباب لان الحر مقدم على العبد لشرفه (و من ضمن عن عبد مالاً (١) لا يجب عليه حتى يعتق) قوله لا يجب عليه صفة لقوله مالا إذ هي جملة فعلية وقعت صفة للنكرة و جواب المسألة هو قوله فهو حال صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمهم الله تعالى فى العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل و لم يسم حالاً و لا غير حال و هو معنى قوله (و لم يسم حالاً و لا غيره فهو حال) أى الضمان على الكفيل حال (لأن المال حال عليه) أى على العبد (لوجود السبب و قبول الذمة إلا أنه) أي أن العبد (لا يطالب به لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى و لم يرض) أى المولى (بتعلقه به) أى بتعلق الدين بالعبد (فى الحال و الكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب) فإن الكفيل يؤخذ به في الحال إن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل (أو مفلس) بتشديد اللام المفتوحة أى فصار أيضاً كما إذا كفل عن مفلس فان

---

(١) و ان لم يجز ابتداء كما فى موت شهود النكاح(١)مالا لا يجب الخ. كأن أقر باستهلاك مال و كذبه المولى أو أقرضه انسان أو باعه و هو محجور فانه لا يجب عليه إلا بعد عتقه و كذا اذا أودع شيئاً فاستهلكه أو وطىء امرأة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معاينا معلوما فانه يؤخذ به فى الحال كذا فى فتح القدير.

بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه و من ادعى على عبد مالاً و كفل له رجل بنفسه فمات العبد برىء الكفيل لبرائة الأصيل كما إذا كان المكفول بنفسه حراً قال

الكفيل يؤخذ به فى الحال (بخلاف الدين المؤجل) حيث يؤخذ الكفيل به بعد الأجل (لأنه) أى لأن الدين متأخر بمؤخر) بكسر الخاء المعجمة المشددة أراد أن الدين المؤجل إذا كفل به احد لا يطالب قبل حلول الأجل لأن الدين ثمة أخر بمؤخر (١) و قد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك مؤجلاً (ثم إذا أدى) أى الكفيل عن العبد المكفول (رجع (٢) على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذلك الكفيل) لا يرجع عليه إلا بعد العتق (لقيامه مقامه) أى لقيام الكفيل مقام الطالب فى المطالبة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و من ادعى على عبد مالا و كفل له رجل بنفسه فمات العبد برىء الكفيل لبراءة الأصيل) لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الأصيل بموته فيسقط عن الكفيل أيضاً لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل (كما إذا كان المكفول بنفسه حراً) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل هنا أيضاً و الحاصل أن الكفالة بالنفس لا تفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً و قال الكاكيّ و هذا الحكم لا يختلف إلا أنه ذكر العبد ههنا ليبني المسألة الثانية عليها و يفرق بينهما (قال) أى

(١)بمؤخر أى بأمر يوجب التاخير و هو التاجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا الخ كذا فى العناية.
(٢)رجع الخ. و فى فتح القدير ص٣٤٢ ج٦. و لو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى أن يرجع قبل العتق اذا أدى لأنه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه و بحث أهل الدرس هل المعتبر فى هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد و قوى عندى كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع فى الحقيقة عليه اه. و فى البدائع ص١٣ ج٦. و أما رجوع الكفيل فله شرائط. منها: أن تكون الكفالة بامر المفكول عنه. و منها: أن يكون باذن صحيح و هو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبى المحجور باذنه فأدى لا يرجع لأن اذنه بالكفالة لم يصح لأنه من المكفول عنه استقراض و استقراض الصبى لا يتعلق به الضمان و أما العبد المحجور فانه بالكفالة صحيح فى حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال اه و فى الخانية ص١٧٥ ج٣. و لو أن المكاتب صالح عن الدم الى مال مؤجل فى الذمة و القتل ثابت باقراره أو بالبينة و كفل انسان بالبدل ثم عجز المكاتب و رد الى الرق لم يكن للمصالح أن يأخذ المكاتب حتى يعتق لأنه التزام فى الذمة عوضا عن الدم فصح ذلك فى حقه لا فى حق المولى فاذا خلص أكسابه بالحرية يؤخذ به و للمصالح أن يأخذ الكفيل قبل عتق المكاتب لأنه كفل بمال واجب للحال و انما تأخرت المطالبة عن المكاتب قبل العتق لإفلاسه و عجزه فلا تسقط المطالبة عن الكفيل اه.

فان ادعى رقبة العبد و كفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها و قد التزم الكفيل ذلك و بعد الموت تبقى (١) القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأولى قال و إذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما

محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (فإن ادعى رقبة العبد و كفل به) أي بالعبد (رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) قيد إثبات ذلك بالبينة لأنه لو ثبت ملك المدعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند التحليف و قد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه و لا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الأصيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل لأن اقرار الأصيل غير حجة على الكفيل و قال التمرتاشيّ لا يصدق ذو اليد في موت العبد و يحبس هو و الكفيل فإن طال الحبس ضمناه القيمة و كذا الوديعة المجحودة (لأن على المولى ردها) أي رد الرقبة على ذي اليد (على وجه تخلفها قيمتها) أى تخلف نفس العبد قيمة نفس العبد عند العجز عن ردها (و قد التزم الكفيل ذلك) لأن الكفالة تحمل الضمان عن الغير (و بعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل) لأن ضمان القيمة وجب على الاصيل و وجب على الكفيل أيضاً لانه التزم المطالبة بما على الأصيل و قد انتقل الضمان في حق الاصيل إلى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً (بخلاف الاولى) أى المسألة الاولى حيث لم يجب الضمان على المولى فلا يجب على الكفيل أيضاً و في بعض النسخ بخلاف الاول قال (٢) الاكمل رحمه الله تعالى أى بخلاف الضمان الاول لان محل ما التزمه و هو العبد قد فات و سقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله (قال) أى محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير (و إذا كفل العبد عن مولاه بأمره) قيد بالامر إذ كفالة العبد بغير إذن سيده لا يجوز (٣) بإجماع الفقهاء إلا عند الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و بإذن سيده يجوز إلا في المأذون المستغرق بالدين لا تجوز الكفالة و به قال مالك رحمه الله تعالى (فعتق فأداه) أي المال المكفول به (بعد العتق) أى بعد أن أعتقه مولاه (لم يرجع) جواب المسألتين (واحد منهما) أي من المولى و العبد

(١) تبقى -ن- يبقى. (٢) قال الاكملّ فى العناية ص٣٤٣ ج٦. و فى الخانية: مكاتب قتل رجلا عمدا فصالح عن الدم على العبد بعينه و كفل رجل بالعبد فهلك العبد قبل التسليم كان لولى الدم أن ياخذ الكفيل بقيمة العبد و ان شآء طالب المكاتب أيضا بقيمة العبد لأن الصلح عن دم العبد لا يبطل بهلاك البدل قبل التسليم فاذا عجز عن تسليم العبد مع الموجب للتسليم يطالب بقيمة البدل و كذا لو كان القاتل حرا و المسألة بحالها اه. (٣) لا يجوز الخ. راجع شرح الوجيز ص١٤٧ ج٥ و المغنى ص٧٩ ج٥.

على صاحبه و قال زفر رحمه الله تعالى يرجع و معنى الوجه الأوّل أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع و هو الكفالة بأمره و المانع و هو الرق قد زال و لنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً و كذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه و لا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة

(على صاحبه و قال زفر رحمه الله تعالى يرجع) أى كل واحد منهما (و معنى الوجه الأول) و هو كفالة العبد عن مولاه بأمره (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره) و في بعض النسخ أن يكون على العبد دين و هذا غير صحيح لانه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالته لحق الغرماء و إن كان بإذن السيد (أما كفالته) (١) أى كفالة المولى (عن العبد فتصح على كل حال) يعني سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس و على العبد دين كان أو لا (له) أي لزفر رحمه الله تعالى و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (أنه) أي أن الشأن (يتحقق الموجب) بكسر الجيم (للرجوع و هو الكفالة بأمره و المانع و هو الرق قد زال و لنا أنها) أي أن الكفالة (وقعت) حال كونها (غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب) أى لا يستحق (على عبده دينا و كذا العبد) لا يستوجب (على مولاه فلا تنقلب) أى الكفالة (موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه) أى الغير أجاز ذلك لا يرجع فكذا هذا (و لا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به) أى بمال الكتابة (أو عبد) أى أو عبد تكفل به (لانه دين) أى لان مال الكتابة دين غير مستقر لانه (ثبت مع المنافي) و هو الرق (فلا يظهر) أى دين بدل الكتابة (في حق صحة الكفالة) و به قال أكثر أهل العلم و عن أحمد رحمه الله تعالى في رواية تصح لانه دين كسائر الديون و الاصح عنده أيضاً أن الكفالة به غير جائزة و في النهاية التخصيص بمال الكتابة غير مفيد فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى مال الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط و لو كان للمكاتب دين على مولاه و لم يكن ذلك

(١) أما كفالته الخ. فان قيل دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يقضى من ماليته و هى ملك المولى فأى فائدة فى هذه الكفالة. أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أو لا معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه ليباع و قد لا يفى ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين و بالكفالة يصلون كذا فى فتح القدير.

و لأنه لو عجز نفسه سقط و لا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل و اثباته مطلقا ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد و بدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه كالمكاتب عنده

الدين من جنس الكفالة فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقاً فتصح الكفالة أما العبد التاجر اذا أدان مولاه ديناً و لا دين على العبد و أخذ منه كفيلاً بذلك فالكفالة باطلة و إن كان العبد مديوناً صحت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة و الكفالة بالنفس مثل ذلك فإن العبد إن كان لا دين عليه لا يصح و إن كان عليه دين صح (و لانه) دليل آخر على عدم استقرار مال الكتابة أي و لان المكاتب (لو عجز نفسه سقط) أي بدل الكتابة (و لا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل) دليل آخر على المدعى و هو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة و يدل على هذا الوجه أي إثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس في ذمة الكفيل لا يمكن (و اثباته مطلقاً) أي و إثبات دين الكتابة مطلقاً (ينافي معنى الضم) الذي هو ركن الكفالة و في المبسوط و لو أثبتناه مطلقاً على الكفيل لأثبتناه أكثر ما هو واجب في ذمة الاصيل و ذا لا يجوز إذ يجب على الكفيل بالصفة التي تجب على الاصيل تحقيقاً لمعنى الضم (لان من شرطه) أي من شرط الضم (الاتحاد) في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم و المطلق غير المقيد (و بدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) يعني أن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز فكذلك لا تجوز ببدل السعاية (لانه) أي لان المستسعى (كالمكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في عدم قبول الشهادة و تزوج المرأتين و تنصيف الحدود و غيرها لكن على اعتبار النكتة الاولى و هو قوله لانه ثبت مع المنافي... إلى آخره لا على اعتبار النكتة الثانية لان المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس و الله أعلم.

كتاب الحوالة

(كتاب الحوالة)

أي هذا كتاب فى بيان أحكام الحوالة وجه المناسبة بين الحوالة و الكفالة ظاهرة لما في كل منهما التزام ما على الاصيل و لهذا يجوز استعارة إحداهما للأخرى حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة و الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتباراً للمعنى و أما وجه تأخير الحوالة لانها مبرئة عندنا و الكفالة غير مبرئة و الاصل عدم البراءة بعد ثبوت المطالبة و الحوالة في اللغة النقل و في المغرب (١) أصل تركيب الحوالة دال على الزوال و النقل و منه التحويل و هو نقل الشيء من محل إلى محل يقال أحلت زيداً بما له على رجل فاحتال أى قبل الحوالة و هنا أربعة أشياء المحيل و هو الذي عليه الدين و المحتال له (٢) و هو الدائن و المحتال عليه و هو الذي قبل الحوالة و المحتال به و هو المال و أصل محتال محتول بكسر الواو في الفاعل و بفتحها في المفعول و هي في اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به و اختلف (٣) المتأخرونّ من مشايخناّ أن الحوالة توجب البراءة عن الدين و المطالبة جميعاً

(١)المغرب مادة حول ص٢٣٥ ج١. (٢)و المحتال له الخ. قال في المعراج قولهم للمحتال المحتال له لغو لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة زاد في الفتح (ص٣٤٥ ج٦) بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال و محتال عليه فالفرق بينهما بعدم الصلة و بصلة عليه اه. قلت و يمكن تصحيح كلامهم و ذلك أن الحوالة لغة بمعنى النقل مطلقا فالمديون يدفع الطالب عن نفسه و يسلطه على غريمه و فى الاصطلاح نقل الدين و هو من أفراد المعنى اللغوى أيضا فعلى الأول يقال محتال لا غير و على الثانى محتال له لا غير لأن المحيل بمعنى الناقل و المحال عليه بمعنى المنقول عليه الدين و الدين منقول و الطالب محال له أى منقول لأجله و لو قيل محال بمعنى منقول لم يصح لأن المنقول هو الدين على هذا الوجه بخلافه على الأول فان المنقول هو ذات الطالب و بهذا ظهر أن قوله محتال و محتال له مبنى على اختلاف المراد فى المنقول هل هو ذات الطالب أو دينه فافهم نعم يصح على الثانى أن يقال فيه محتال بطريق المجاز أى محتال دينه و به ظهر أنه لا لغو فى كلامهم فاغتنم هذا التقرير كذا فى الشامية. (٣)اختلف المتأخرونّ الخ. نسب الزيلعيّ الأول إلى ابى يوسف رحمه الله تعالى و الثانى إلى محمد رحمه ا تعالى وجه الأول دلالة الاجماع على أن المحتال لو أبرأ المحال عليه عن الدين أو وهبه منه صح و لو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح و حكى فى المجمع خلاف محمد رحمه الله تعالى فى الثانية و وجه الثاني دلالة الاجماع أيضا على أن المحيل اذا قضى دين الطالب قبل أن يؤدى المحتال عليه لا يكون متطوعا و يجبر على القبول و كذا المحتال لو أبرأ المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد بالرد و لو وهبه منه ارتد كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه و لو انتقل الدين إلى ذمته لما اختلف حكم الابراء و الهبة و كذا المحال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع على المحيل و ان كانت بأمره كالكفالة و لو وهبه رجع ان لم يكن للمحيل عليه دين و تمامه فى البحر و ظاهره اتفاق القولين على هذه المسائل ثم ذكر ما يفيد اتفاق القولين أيضا على عود الدين بالتوى و على =>

قال و هي جائزة بالديون قال عليه الصلاة و السلام من أحيل على مليء فليتبع

أو عن المطالبة دون الدين فقال بعضهم عن المطالبة و الدين جميعاً حتى أن المحتال له لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة أو وهبه منه صح و لو أبرأ المحيل أو وهب منه لم يصح و لو بقي الدين على المحيل صح و قال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين حتى أن المحتال له متى أبرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل بشيء و إن كانت الحوالة بأمر المحيل و لو وهب الدين من المحتال عليه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل و كذا لو أبرأ المحتال عليه لا يرتد برده و لو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل و لو كان المحتال إلى المحتال عليه المطالبة و الدين جميعاً كان الابراء و الهبة في حقه سواء فيرتد برده كما في حق الأصيل و لو و كل المحتال له المحيل بقبض ما على المحتال عليه لا يصح و لو لم يكن عليه الدين صح (قال و هي) أي الحوالة (جائزة بالديون) لأنها مأخوذة من التحويل و تحويل الدين من ذمة إلى ذمة ممكن فأما الأعيان فألحق المتعلق بها التسليم و ذلك لا يمكن تحويله إلى غيره فلهذا لم تصح الكفالة فيها (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (من أحيل على مليء فليتبع) الحديث رواه (١) أحمد رحمه الله تعالى في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم و من أحيل على مليء فليحتل و رواه (٢) البخاري و مسلم عن أبي الزناد به بلفظ و إذا اتبع أحدكم

=> جبر المحال على قبول الدين من المحيل و على قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال و على أن ابراء المحال المحال عليه لا يرتد بالرد و على أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح و على أن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان للمحال عليه أن يرجع على المحيل و على أنها تفسخ بالفسخ و على عدم سقوط حق حبس المبيع فيما اذا أحاله المشترى و كذلك لو كان عند المحتال رهن للمحيل لا يسقط حق حبسه بخلاف ما اذا كان المحيل هو البائع على المشترى أو المرتهن على الراهن فانه يبطل حبس المبيع و الرهن لسقوط المطالبة مع أن هذه المسائل تباين كونها نقلا للدين و لكن اعتبرت الحوالة تأجيلا الى التوى فى بعض الأحكام و جعل النقل للمطالبة و فى بعضها اعتبرت ابراء و جعل النقل للدين أيضا و تمام التوجيه فى البحر ص٤١٢ ج٦. (١)رواه احمد رحمه الله تعالى في مسنده ص٢٢٥ ج٣ حديث ٩٦٥٥. (٢)رواه البخارى فى الحوالة ص٣٠٥ ج١ و مسلم فى البيوع باب تحريم مطل الغنى و صحة الحوالة الخ ص١٨ ج٢. و قال الحافظ العينى فى العمدة ص١١١ ج١٢ تحت هذا الحديث: و فيه أمر بقبول الحوالة فمذهب الشافعي رحمه الله تعالى يستحب له القبول و قيل الأمر فيه للوجوب و هو مذهب داود و عن احمد رحمه الله تعالى روايتان الوجوب و الندب و الجمهور على أنه ندب لأنه من باب التيسير على المعسر و قيل مباح و لما سأل ابن وهب مالكاً عنه قال هذا أمر ترغيب و ليس بالزام و ينبغي له أن يطيع سيدنا رسول الله ﷺ بشرط أن يكون بدين و إلا فلا حوالة لاستحالة حقيقتها اذ ذاك و انما يكون حمالة. و فى التوضيح و من شرطها تساوى الدينين قدرا و وصفا و جنسا =>

و لأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة و إنما اختصت بالديون لأنها تنبىء عن النقل و التحويل و التحويل في الدين لا في العين قال و تصح الحوالة برضاء المحيل و المحتال و المحتال عليه أما المحتال فلان الدين حقه و هو الذي ينتقل بها و الذمم متفاوتة فلا بد من رضاه و أما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين و لا لزوم بدون التزامه

على مليء فليتبع و بلفظ المنصف رواه (١) الطبراني في معجمه الوسط مع زيادة في أوله عن محمد بن عجلان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم و من أحيل على مليء فليتبع و كذلك رواه (٢) الترمذي و معناه أنه إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل كذا فسره الترمذي (و لأنه) أي و لأن المحتال عليه (التزم ما يقدر على تسليمه) أي على إيفاء ما التزمه (فتصح كالكفالة) لأن كل واحد منهما التزام بما على الأصيل فيصح دفعاً للحاجة (و إنما اختص) أي عقد الحوالة أو الحوالة باعتبار التحويل (بالديون لأنها) أي لأن الحوالة (تنبىء عن النقل و التحويل و التحويل) الشرعي (في الدين لا في العين) لأن الدين وصف شرعي فيؤثر فيه التحويل الشرعي أما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج إلى النقل الحسي (قال) أي القدوري رحمه الله تعالى (و تصح الحوالة برضاء المحيل و المحتال و المحتال عليه أما المحتال) و هو الدائن (فلأن الدين حقه و هو الذي ينتقل بها) أي الدين الذي ينتقل بالحوالة (و الذمم متفاوتة) في المطالبة (فلا بد من رضاه) أي رضي المحتال له و لا خلاف في اشتراط رضاه لأهل العلم (و أما المحتال عليه) أي و أما رضي (٣) المحتال عليه (فلأنه يلزمه الدين و لا لزوم بدون التزامه) و به قال (٤) الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قيل انه منصوص في الأم و أصحهما عنده أنه لا حاجة إلى رضاه إذا كان عليه دين للمحيل و به قال

=> كالحلول و التاجيل اه. و قال شيخ الحديث في الاوجز باب جامع الدين و الحول ص٣٣٢ ج١١. و الأمر للاستحباب عند الجمهور و وهم من نقل فيه الاجماع و قيل أمر إباحة و إرشاد و هو شاذ و حمله اكثر الحنابلة و أبوثور و ابن جرير و أهل الظاهر على الوجوب و إليه مال البخاري و هو ظاهر الحديث و أجاب الجمهور بأن الصارف عنه إلى الندب أنه راجع لمصلحة دنيوية لما فيه من الاحسان إلى المحيل بتحصيل مقصوده من تحويل الحق عنه و الاحسان مستحب و بأن الصارف كونه أمرا أبعد و هو بيع الكالئ بالكالئ فيكون للاباحة أو الندب عند القائلين. و في المنتقى: قال الشيخ أبو محمد إن الأمر على الندب اه. (١)رواه الطبراني الخ. كذا في نصب الراية. ص٥٩ ج٤. (٢)رواه الترمذي في البيوع باب ما جآء في مطل الغني ظلم ص١٥٦ ج١ و مالك في المؤطا في البيوع باب جامع الدين و الحول ص٦٠٦. (٣)و أما رضي المحتال عليه الخ. و في الشامية. قلت نقل السائحاني عن لقطة البحر اذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي لها أن تحيل على الزوج بلا رضاه. (٤)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في شرح الوجيز ص١٢٧ ج٥.

و أما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه و هو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره قال و إذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين

مالك و أحمد رحمهما الله تعالى لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبداً لا يشترط رضي العبد و أما إذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالإجماع (و أما (١) المحيل) أي المديون (فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات) و القدوري شرط رضاه كما نقل المصنف عنه بقوله و تصح الحوالة برضاء المحيل و المحتال و المحتال عليه قيد بشرط رضي الثلاثة قال (٢) الأكمل عسى يعلل القدوري بأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم ثم قال و قيل (٣) لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فإنها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه (لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه و هو) أي المحيل و هو المديون (لا يتضرر به) أي بتصرف المحتال عليه في حق نفسه (بل فيه نفعه) أي نفع المحيل (لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره) هذا فائدة عدم اشتراط رضى المحيل انه إذا كان عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما أدى بل يتقاصان (قال) أي القدوري (و إذا تمت الحوالة) بقبول المحتال له و المحتال عليه و المحيل (برىء (٤) المحيل من الدين

(١)و أما المحيل الخ. و في الدر المختار ص٦٩ ج٢. لا يشترط رضي المحيل على المختار شرنبلالية عن المواهب بل قال ابن الكمال انما شرطه القدوري للرجوع عليه فلا اختلاف في الرواية لكن استظهر الاكمل ان ابتداءها ان من المحيل شرط ضرورة و إلا لا اه. و في رد المحتار ص٣٢٢ ج٤. قوله (على المختار) هو رواية الزيادات. قوله (للرجوع عليه) أي رجوع المحال عليه على المحيل أو يسقط الدين الذي للمحيل على المحال عليه كما في الزيلعي أما بدون الرضا فلا رجوع و لا سقوط و هو محمل رواية الزيادات. قوله (لكن استظهر الاكمل الخ) و هو توفيق آخر بين روايتي الزيادات و القدوري لكن لا بد فيه من ضميمة التوفيق الأول. قوله (شرط ضرورة) لأنها إحالة و هي فعل اختيارى و لا يتصور بدون الارادة و الرضا و هو محمل رواية القدوري و قوله و إلا لا أى و إن لم يكن ابتداؤها من المحيل بل من المحال عليه تكون احتيالا يتم بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه و رضاه و هو وجه رواية الزيادات عناية. لكن لا يخفى أنه على الثانى لا يثبت للمحال عليه الرجوع بما أدى و لو كان عليه للمحيل دين لا يسقط إلا برضا المحيل فرجع إلي التوفيق الأول اه. (٢)قال الأكمل فى العناية ص٣٤٧ ج٦. (٣)قيل الخ. أقول القائل هو الخبازى نقلا من الأوضح كذا فى السعدية. (٤)برى المحيل من الدين الخ أى براءة مؤقتة بعدم التوى و فائدة برائته أنه لو مات لا يأخذ المحتال الدين من تركته و لكنه يأخذ كفيلا من ورثته أو من الغرماء مخافة أن يتوى حقه كذا فى شرح المجمع ط و مقتضى البراءة أن المشترى لو =>

بالقبول و قال زفر رحمه الله تعالى لا يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منهما عقد توثق و لنا أن الحوالة النقل لغة و منه حوالة الغراس و الدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها أما الكفالة فللضم و الأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية و التوثق باختيار الأملأ

بالقبول) (١) و لا يرجع الطالب بالدين عليه أبداً إلا بالتوى و هذا (٢) عند عامة الفقهاء و عن الحسن أنه لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه (و قال زفر لا يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منهما عقد توثق) أي لأن كل واحد من الحوالة و الكفالة عقد توثق بحق المطالبة (و لنا أن الحوالة النقل لغة) أي معناها من حيث اللغة النقل كما مر و الكفالة الضم لغة و تختص كل اسم بموجب معنى ذلك الإسم (و منه حوالة الغراس) جمع غرس بالفتح و في العباب الغرس الشجر الذي يغرس و الجمع غراس و أغراس (و الدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها) أي في الذمة و تبقى الذمة الأولى فارغة لأنك إذا حولت الشيء من موضع إلى موضع بقي مكان الأول فارغاً لا محالة (أما الكفالة فللضم) لأنها مشتقة من الكفل و هو ضم الشيء إلى الشيء و ضم الشيء إلى الشيء لا يوجب فراغ الأول إلا أن يكون بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة لأنها في معنى الحوالة (و الأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية) يعني أن العمل بمعاني اللغات واجب في الأحكام الشرعية فلما كان كذلك قلنا إن الكفالة هي الضم لغة و هو لا يقتضي البراءة و الحوالة هي النقل و هو يقتضي البراءة و اعترض (٣) بالحوالة بغير أمر المحيل فإنها حوالة صحيحة كما مر و لا نقل فيها و لا تحويل و هذا نقض إجمالي و الجواب انا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنه بعد اداء الدين ظاهر التحقيق و لهذا لا يبقي على المحيل شيء (و التوثق) جواب عن قول زفر ان الحوالة ليست مبرئة لانها للتوثق و تقرير الجواب أن معنى التوثق ليس كما ذكره بل معناه (باختيار الاملأ) أي

=> أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع و كذا لو أحال الراهن المرتهن بالدين لا يحبس الرهن و لو أحالها بصداقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس أي إحالة البائع غريمه على المشتري بالثمن أو المرتهن غريمه على الراهن أو المرأة على الزوج و المذكور في الزيادات عكس هذا و هو أن البائع و المرتهن اذا أحالا سقط حقهما في الحبس و لو أحيلا لم يسقط و تمامه في البحر. قلت و وجهه ظاهر و هو أن البائع و المرتهن إذا أحالا غريما لهما على المشترى أو الراهن سقطت مطالبتهما فيسقط حقهما في الحبس بخلاف ما لو أحيلا فان مطالبتهما باقية كما أوضحه الزيلعي كذا في الشامية ص٣٢٤ ج٤. و في البحر ص٤١٩ ج٦. و في قوله "برىء المحيل" إشارة إلى براءة كفيله فاذا أحال الأصيل الطالب برئا كذا في المحيط. (١)بالقبول. أفاد أنه لا يلزم قبض المحتال في المجلس إلا اذا كان صرفا بأن كان دينه ذهبا فأحال عنه بفضة جاز ان قبل الغريم ناقدا في مجلس المحيل و المحتال و تمامه في البحر ص٤١٩ ج٦ عن تلخيص الجامع. (٢)و هذا الخ. كذا في المغني ص٥٨ ج٦. (٣)اعترض الخ. كذا في العناية ص٣٤٨ ج٦.

و الأحسن في القضاء و إنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً قال و لا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يرجع و إن توى لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد

الأقدر على الإيفاء (و الأحسن فى القضاء) حتى لا يماطل في قضاء الدين و يؤديه أجود و أرجح مما كان و هذا لا يدل على أن الحوالة ليست بمبرئة (و إنما يجبر على القبول) هذا جواب عن سؤال مقدر و هو أن يقال لو انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه لما أجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه حينئذ يكون متبرعاً في قضاء الدين و المتبرع لو قضي دين غيره لا يجبر الدائن على القبول و تقرير الجواب أن يقال إنما يجبر المحتال له على القبول (إذا نقد المحيل لأنه يحتمل عود المطالبة إليه) أى إلى الدائن (بالتوى) و سيجيء معناه عن قريب لأنه إنما ينتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة فإذا توى يرجع (فلم يكن) (١) أى المحيل (متبرعاً) يعني في القضاء (قال) أي القدوري (و لم يرجع (٢) المحتال على المحيل إلا أن يتوى (٣) حقه) هذا عطف على قوله برىء المحيل يعني إذا تمت الحوالة بالقبول برىء المحيل و لم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي في معنى التوى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يرجع و إن توى) بموت أو إفلاس أو بغير ذلك و به (٤) قال أحمد و الليث و أبوعبيد و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى إذا كان المحتال عليه مفلساً و لم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضي به بعد العلم و به قال مالك رحمه الله تعالى (لأن البراءة قد حصلت مطلقة) أي لأن البراءة للمحيل قد حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى (فلا يعود إلا بسبب جديد) و قال تاج الشريعة قوله إلا بسبب جديد و ذلك أن يحيل المحتال عليه

(١)فلم يكن الخ. و فى الكفاية فان قيل هو متبرع حال أداء الدين اذ لا دين عليه فى الحال قطعا و ما ذكرت موهوم. قلنا المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلا و هو بهذا الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة و الحبس حال إعساره فلا يكون متبرعا. (٢) و لم يرجع الخ. هذا اذا لم يشترط الخيار للمحال أما اذا جعل للمحال الخيار أو أحاله على أن له أن يرجع على أيهما شآء صح كذا فى البزازية. و مراده اذا كانت الحوالة باقية أما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل و لذا قال في البدائع: ان حكمها ينتهي بفسخها و بالتوى. و فى البزازية: و المحيل و المحتال يملكان النقض و بالنقض يبرأ المحتال عليه. و قدمنا عن الذخيرة أن الحوالة اذا تعددت على رجلين كانت الثانية نقضا للاولى كذا فى البحر. (٣)إلا أن يتوى الخ. هذا مقيد بأن لا يكون المحيل هو المحتال عليه ثانيا كذا فى البحر. (٤)و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ. كذا فى المغنى ص٥٨ ج٥ و فتح القدير ص ٣٥٠ ج٦.

و لنا أنهامقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود أو تفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال و التوى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى أحد الأمرين و هو إما أن يجحد الحوالة و يحلف و لا بينة له عليه أو يموت مفلساً لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما و هو التوى في الحقيقة

المحتال على المحيل (و لنا أنها) أي البراءة (مقيدة بسلامة حقه له) يعني أنها مقيدة بشرط السلامة و إن كانت مطلقة لفظاً بدلالة الحال (إذ هو المقصود) أى وصول الحق إلى المحتال له سالماً هو المقصود من الحوالة (أو تفسخ الحوالة لفواته) أى لفوات المقصود (لأنه) أى لأن عقد الحوالة (قابل للفسخ) لأنهما لو تفاسخا عقد الحوالة ينفسخ و لو لم يكن قابلا للفسخ لما انفسخ (فصار (١) كوصف السلامة في المبيع) يعني أن المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً رجع بنقصان العيب و إن لم يشترط الرجوع فكذلك ههنا لما حصل التوى فات المقصود و هو سلامة الحق فيرجع بالدين على المحيل (قال) أي القدوري (و التوى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أحد الأمرين و هو إما أن يجحد) أي المحتال عليه (الحوالة و يحلف و لا بينة له) أي للمحيل و لا للمحتال له (عليه) أى على المحتال عليه (أو يموت) (٢) أي المحتال عليه حال كونه (مفلساً) و لم يترك كفيلاً و لا مالاً معيناً و لا ديناً و في الطلبة يقال أفلس أى صار ذا فلس بعد أن كان صاحب دراهم و دنانير فاستعمل مكان افتقر و فلسه القاضي أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله (لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما) أي من الوجهين المذكورين (و هو التوى في الحقيقة) أى هذا المذكور هو التوى (٣) و هو من توى الشيء يتوى توى إذا تلف مقصور غير مهموز

(١)فصار الخ. و لله در المصنفؒ حيث جمع بين طريقي المشايخ رحمهم الله تعالى و استخدم قوله فصار كوصف السلامة فى المبيع فيهما بمعنيين مختلفين كما فى السعدية. (٢)أو يموت الخ. و لو مات المحتال عليه فقال المحتال مات مفلسا و قال المحيل بخلافه ففي الشافي و المبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لأنه متمسك بالأصل و هو العسرة و لو كان حيا فزعم أنه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته و فى شرح الناصحى القول للمحيل مع اليمين لانكاره عود الدين كذا فى فتح القدير و نحوه فى الكفاية. (٣)التوى الخ. و فى المصباح: التوى وزان الحصى و قد يمد و هو الهلاك اه كذا فى البحر ص٤٢٠ ج٦. و فى لسان الغرب ص١٠٦ ج١٤. التوى: مقصور: الهلاك و فى الصحاح: هلاك المال. و التوى: ذهاب مال لا يرجى و أتواه غيره. توى المال بالكسر يتوى (من باب سمع) توىً فهو تَوٍ: ذهب فلم يرج. و حكى الفارسيؒ أن طيّئا تقول توى (بفتح العين) قال ابن سيدهؒ: و أُراه علي ما حكاه سيبويهؒ من قولهم بقى و رضى و نهى (بفتح العين فى كل واحد منهما) و أتواه الله: أذهبه و أتوى فلانٌ ماله: ذهب به. و هذا مالٌ تَوٍ، على فَعِلٍ (بفتح الفاء و كسر العين مع التنوين فى آخره) اه.

و قالا هذان الوجهان و وجه ثالث و هو أن يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته و هذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما لأن (١) المال غاد و رائح قال و إذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة و كان عليه مثل الدين لأن سبب الرجوع قد تحقق و هو قضاء دينه بأمره

و هو تو و تاو كذا في الجمهرة لابن دريد (و قالا) أي أبويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هذان الوجهان) أي للتوى (و وجه ثالث و هو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) بالشهود (و هذا الإختلاف) بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده) أي عند (٢) أبي حنيفة رحمه الله تعالى (خلافاً لهما) فإن عندهما يتحقق بحكم القاضي و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى حتى يعتبر في حق إخراجه من السجن و كذا في حق غيره (لأن مال الله تعالى غاد و رائح) هذا دليل أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في المبسوط قد يصبح الرجل فقيراً و يمسي غنياً بأن مات قريب له و ترك مالاً كثيراً ميراثاً و لا يعلم به و قوله غاد فاعل من غدا يغدو غدواً و الغدو نقيض الرواح فاعل إعلال قاض و رائح من راح يروح رواحاً و هو نقيض الغدو و الرواح من زوال الشمس إلى الليل (قال) أي القدوري (و إذا (٣) طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة و كان عليه) أي على المحيل (مثل (٤) الدين لأن سبب الرجوع) و هو قضاء الدين بالأمر كما يقول المصنف (قد تحقق فهو) أي سبب الرجوع (قضاء دينه) أي دين المحيل (بأمره) أي

(١)لأن المال –ن– لأن مال الله تعالى: (٢)عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. و في الشامية ص٣٢٦ ج٤. و ظاهر كلامهم متونا و شروحا تصحيح قول الامام رحمه الله تعالى و نقل تصحيحه العلامة قاسم و لم أر من صحح قولهما نعم صححوه في صحة الحجر على السفيه صيانة لماله اه. (٣)و اذا طالب الخ. أي بعد ما دفع المحال به إلى المحتال و لو حكما لأنه قبل الدفع اليه لا يطالبه إلا اذا طولب و لا يلازمه إلا اذا لوزم، فلو أبرأ المحتال المحال عليه فانه لا رجوع له على المحيل، و لو كان المحال عليه مديونا للمحيل و قد أحاله بدينه مقيداً فللمحيل الرجوع عليه بدينه بعد إبراء المحتال. و انما قلنا و لو حكما لأن المحتال لو وهبه من المحال عليه فله الرجوع و لا رجوع للمحيل بدينه لو كان مديونه و قد أحاله به كالاستيفاء و الوراثة من المحتال كالهبة كذا في البحر معزيا الى البزازية. (٤)مثل الدين. و في البحر و انما قال "مثل الدين" و لم يقل بما أداه فلو كان المحال به دراهم فأدى دنانير أو عكسه صرفا رجع بالمحال به و كذا اذا أعطاه عرضا. و ان أعطاه زيوفاً بدل الجياد رجع بالجياد و كذا لو صالحه بشيء فانه يرجع بالمحال به إلا اذا صالحه عن جنس الدين بأقل فانه يرجع بقدر المؤدى بخلاف المأمور بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى إلا اذا أدى أجود أو جنسا آخر. و الكفيل كالحويل يرجع بالدين لا بما أدى إلا في الصلح على الأقل.

إلا أن المحيل يدعى عليه ديناً و هو منكر و القول للمنكر و لا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه قال و إذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي و قال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لأن المحتال يدعي عليه الدين و هو ينكر و لفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال و من أودع رجلاً ألف درهم و أحال بها عليه آخر

بأمر المحيل (إلا أن المحيل يدعي ديناً عليه و هو منكر و القول للمنكر) لأن الفراغ أصل في الذمم و المحيل متمسك بالأصل و الطالب يدعي العارض فكان اعتبار الأصل أولاً و به قال (١) الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و في وجه آخر القول للطالب و به قال أحمد رحمه الله تعالى في الصحيح عنه (و لا تكون الحوالة) جواب عما يقال لم لا يجوز أن تكون الحوالة (إقراراً منه بالدين عليه) و تقرير الجواب أن يقال إن الحوالة لا تكون إقراراً منه بالدين (لأنها) أي لأن الحوالة (قد تكون بدونه) أي بدون الدين من المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه (قال) أي القدوريّ (و إذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي و قال (٢) المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لأن المحتال يدعي عليه الدين و هو ينكر و لفظة الحوالة) جواب عما يقال الحوالة حقيقة في نقل الدين و دعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل فأجاب بقوله و لفظة (٣) الحوالة (مستعملة في الوكالة) يعني مجازاً (٤) لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظ الحوالة ذلك فيصدق (فيكون القول قوله مع يمينه) لأن في ذلك نوع مخالفة للظاهر (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أودع رجلاً ألف درهم و أحال بها) أي بالألف (عليه آخر) أى على

---

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير. (٢)قال المحتال الخ. فيه ايماء الى أنه حاضر فلو كان غائبا و أراد المحيل قبض ما على المحال عليه قالا انما وكلته بقبضه قال أبويوسف رحمه الله تعالى لا أصدقه و لا أقبل بينته و قال محمد رحمه الله تعالى يقبل قوله كما فى الخانية و لو ادعى المحال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلا في بيعه و أنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر كذا في الشامية. (٣)لفظة الحوالة الخ. و منه قول محمد رحمه الله تعالى اذا امتنع المضارب عن تقاضى الدين لعدم الربح يقال له أحل رب الدين أى وكله نهر. و أفاد فى البحر عن السراج أن المحيل لا يملك ابطال هذه الحوالة لأنها صحت محتملة أن تكون بمال هو دين عليه و أن تكون توكيلا فلا يجوز ابطالها بالاحتمال اه كذا فى رد المحتار. (٤)مجازا. قال العلامة الكاكيّ قيل المجاز لا يعارض الحقيقة فاحتمال المجاز لا يخرجه عن ارادة الحقيقة. أجيب هذا مجاز متعارف فيمكن أن يخرجه عن ارادة الحقيقة و لو لم يخرجه كان محتملا فلا يدل على الاقرار انتهى و فيه تأمل كذا فى السعدية.

فهو جائز لأنه أقدر على القضاء و إن هلكت برىء لتقيدها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب لأن الفوات إلى خلف كلا فوات و قد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً و حكم المقيدة في هذه الجملة

المودع شخصاً آخر (فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في رجل أودع رجلا ألف درهم و للرجل على المودع ألف درهم فأحال المودع الذي له الألف بألفه على المستودع بالألف الذي عنده قال جائز و هو ضامن (لأنه أقدر على القضاء) دليل الجواز أى لأن المودع بفتح الدال و هو المحتال عليه أقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة (فإن هلكت) أي الألف الوديعة (برىء) (١) أي المودع و هو المحتال عليه (لتقيدها بها) أي لتقيد الحوالة بالألف الوديعة (فإنه ما التزم الأداء إلا منها) أي من الألف الوديعة و ذلك كالزكاة المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين (بخلاف ما إذا كانت) أي الحوالة (مقيدة بالمغصوب) المعين حيث لا تبطل بهلاكه بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته إذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة فصار كلا فوات أشار إلى بقوله (لأن الفوات إلى خلف) و هو القيمة (كلا فوات) فكان باقياً حكماً و قيد الحوالة بالمغصوب بيان لجواز الحوالة بالعين المغصوبة و انها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب مثله إن كان مثلياً و قيمته إن كان قيماً (و قد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً) يعني أن الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة و الغصب تكون مقيدة بالدين أيضاً مثل ثمن المبيع و فى الكافي الأصل أن الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو بوديعة أو غير ذلك و مطلقة و هو أن لا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه و لا بالعين الذي في يده أو يحيله على رجل ليس عليه دين و لا في يده عين فالحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحتال عليه مفلساً تبطل بفوات ما قيد به الحوالة إذا كان الفوات لا إلى خلف و أما إذا كان الفوات إلى خلف فلا تبطل الحوالة لأن الحوالة إلى خلف كلا فوات (و حكم المقيدة في هذه الجملة) يعني حكم الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً

(١) برىء. و المراد بالبراءة بطلان الحوالة لأن المودع وكيل فى دفعها فلا دين عليه أو المراد البراءة عن المطالبة و هو الظاهر و هلاك الوديعة بقول المودع و لذا قال في الخلاصة: لو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة اهـ و استحقاق الوديعة مبطل للحوالة كهلاكها كما في الخانية. و لو لم يعط المحال عليه الوديعة و انما قضى من ماله كان متطوعا قياساً لا استحسانا كذا فى المحيط. و فى التتارخانية: لو وهب المحتال الوديعة من المحال عليه صح التمليك لأنه لما كان له حق أن يتملكها كان له حق أن يملكها كذا فى البحر ص ٤٢٣ ج ٦.

أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن و إن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل و هذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة و هي حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده قال و يكره السفاتج

أو بالدين (أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال) حتى إذا دفع المحتال عليه ذلك إلى المحيل ضمن (على مثال الرهن) فانه لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين (و إن كان) أي المحتال (أسوة للغرماء بعد موت المحيل) كلمة إن واصلة بما قبلها و هذا إشارة إلى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حق الأخذ للمحيل و الراهن و هو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين و على المحيل ديون كثيرة و مات و لم يترك شيئاً سوى العين الذى له بيد المحتال عليه أو الدين الذى عليه فالمحتال أسوة للغرماء بعد موته خلافاً لزفرؒ و أما المرتهن فإنه هلك الرهن يداً و حبساً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (و هذا) إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه و قد قررناه (لأنه) أي لأن الشأن (لو بقيت له) أي للمحيل (مطالبة به) أي مطالبة المحتال عليه بذلك العين أو الدين (فيأخذه منه) أي من المحتال عليه (لبطلت الحوالة و هي) أي الحوالة و في بعض النسخ و هو بالتذكير على تأويل عقد الحوالة (حق المحتال) أي الطالب (بخلاف المطلقة) أي الحوالة المطلقة أي غير المقيدة بالعين أو الدين (لانه) أي لأن الشأن (لا تعلق لحقه به) أي لحق المحتال بذلك العين أو الدين (بل) يتعلق (بذمته) أي بذمة المحتال عليه و في الذمة سعة فيجب عليه أداء المحيل من مال نفسه و للمحيل أن يأخذ دينه و وديعته و غصبه منه و لا تبطل الحوالة بأخذه و هو معنى قوله (فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه) أي من الدين أو الغصب (أو ما عنده) أي أو يأخذ عينه الذي عنده من الوديعة و يحتمل أن يراد بما عليه الدين خاصة و بقوله عنده أي عنده من العين سواء كان وديعة أو غصباً (قال) أي القدوريؒ (و يكره (١) السفاتج) و هو جمع سفتجة بضم السين و فتح التاء تعريب سفته

---

(١)و يكره السفاتج. و فى الدر المختار: السفتجة بضم السين و تفتح و فتح التاء و هى إقراض لسقوط خطر الطريق فكأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض فكان فى معنى الحوالة. و فى رد المحتار: قوله (فكأنه أحال الخ) بيان لمناسبة المسألة بكتاب الحوالة اه ح و فى نظم الكنز لابن الفصيح:

و كرهت سفاتج الطريق ❊ و هى إحالة على التحقيق

قال شارحه المقدسيؒ لأنه يحيل صديقه عليه أو من يكتب اليه اه. أقول و اطلاق القدوريؒ يفيد إناطة الكراهة =>

و هي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق و هذا نوع نفع استفيد به و قد نهى الرسول عليه الصلاة و السلام عن قرض جر نفعاً

بمعنى الشيء المحكم و سمى هذا القرض به لإحكام أمره و قال في الفتاوى الصغرى السفتج إن كان مشروطاً في القرض فهو حرام و القرض بهذا الشرط فاسد و إن لم يكن مشروطاً جاز (و هي) أي السفاتج ذكر الضمير باعتبار الخبر و هو قوله (قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) صورتها أن يدفع إلى تاجر عشرة دراهم قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق و قيل هو أن يقرض إنساناً مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض و إنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق (و هذا نوع نفع استفيد به) أي بالقرض (و قد نهى الرسول عليه الصلاة و السلام عن قرض جر نفعاً) و الحديث رواه علي رضي الله تعالى عنه و لفظه قال رسول الله ﷺ كل قرض جر نفعاً فهو ربا أخرجه (١) الحارث بن أبي أسامة في مسنده و في سنده سوار بن مصعب قال عبد الحق في أحكامه بعد أن أخرجه هو متروك و روي عن جابر بن سمرة رضى الله تعالى عنه أنه قال قال رسول الله ﷺ السفتجات حرام أخرجه ابن عدي في الكامل و أعله بعمر بن موسى بن وجيه وضعفه عن البخارى و النسائى و ابن معين رحمهم الله تعالى و وافقهم و قال انه في عداد من يضع الحديث و قال الأترازي مع دعاويه العريضة و الاصل فيه أن النبى ﷺ نهى عن قرض جر نفعاً و سكت عنه و كذا قاله الاكمل و سكت عنه مع أنه كان في ديار الحديث و كتبه المتنوعة و الله أعلم.

=> بجر النفع سواء كان ذلك مشروطا أولا. قال الزيلعي و قيل اذا لم تكن المنفعة مشروطاً فلا بأس به اه و جزم بهذا القيل فى الصغرى و الواقعات الحسامية و الكفاية للبيهقي و على ذلك جرى فى صرف البزازية اه و ظاهر الفتح اعتماده أيضا نعم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا اه ملخصا. (١)أخرجه الحارث الخ. كذا فى نصب الراية ص ٦٠ ج ٤. و فى الفتح ص ٣٥٥ ج ٦. و أحسن ما هنا ما عن الصحابة و السلف ما رواه ابن أبي شيبة فى مصنفه (باب من كره كل قرض جر نفعا ص ١٨٠ ج ٦) حدثنا أبو خالد الاحمر عن حجاج عن عطاء قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة.

كتاب أدب القاضي

(كتاب أدب القاضي)

أى هذا كتاب في بيان أدب القاضي و الأدب (١) الخصال الحميدة سميت به لانها تدعو إلى الخيرات و الحسنات من الادب بسكون الدال و هو الدعاء قال طرفة الشاعر:

نحن في المشتاة ندعو الجفلي　　لا ترى الآدب فينا ينتقر

و الآدب فاعل من أدب يأدب أدباً إذا دعاه و سمي الادب أدباً لأنه يدعو الناس إلى المحامد و عن أبي زيدٍ الادب يقع على رياضة محمودة يتخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل و المراد من أدب القاضي هو الخصال المدعو اليها و القضاء يستعمل في أشياء و يراد به في الشرع الإلزام و قيل القضاء الحكم و قال ابن قتيبةٍ القضاء (٢) يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى

(١) الأدب الخ. قال الامام اللغوى الزبيدىٌ فى تاج العروس مع القاموس ص١٤٤ ج١. (الادب محركة) الذي يتأدب به الاديب من الناس سمي به لأنه يؤدب الناس الى المحامد و ينهاهم عن المقابح و أصل الادب الدعاء و قال شيخنا ناقلا عن تقريرات شيوخه الادب ملكة تعصم من قامت به عما يشينه و فى المصباح هو تعلم رياضة النفس و محاسن الاخلاق و قال أبو زيد الانصارى الادب يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الانسان فى فضيلة من الفضائل و مثله فى التهذيب و فى التوشيح هو استعمال ما يحمد قولا و فعلا أو الأخذ أو الوقوف مع المستحسنات أو تعظيم من فوقك و الرفق بمن دونك و نقل الخفاجي فى العناية عن الجوليقى فى شرح أدب الكاتب الادب فى اللغة حسن الاخلاق و فعل المكارم و اطلاقه على علوم العربية مولد حدث فى الاسلام و قال ابن السيد البطليوسي الادب أدب النفس و الدرس و الادب (الظرف) بالفتح (و حسن التناول) و هذا القول شامل لغالب الاقوال المذكورة و لذا اقتصر عليه المصنفٌ و قال أبو زيد (أدب) الرجل (كحسن) يادب (أدبا فهو أديب ج أدباء) اه و فى البحر ص٤٢٨ ج٦. و الأولى التفسير بالملكة لأنها الصفة الراسخة للنفس فما لم يكن كذلك لا يكون أدبا كما لا يخفى اه. (٢) القضاء الخ. و فى الصحاح للجوهرى مادة قضى ص٢٤٦٣ ج٦. القضاء (بالمد): الحكم و أصله قَضَايٌ لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جآءت بعد الألف همزت و الجمع الأقضية. و القضية مثله و الجمع القضايا على فعالي و أصله فعائل. و قضى أى حكم و منه قوله تعالى: و قضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه (الاسراء: ٢٣). و قد يكون بمعنى الفراغ تقول: قضيت حاجتي و ضربه فقضى عليه أى قتله كأنه فرغ منه و سمّ قاض أى قاتل و قضى نحبه قضاء أى مات. و قد يكون بمعنى الأداء و الانهاء تقول: قضيت ديني و منه قوله تعالى: و قضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب (الاسراء: ٤) و قوله تعالى: و قضينا اليه ذلك الأمر (الحجر: ٦٦) أى أنهيناه اليه و أبلغناه ذلك و قال الفراء فى قوله تعالى: ثم اقضوا إليّ (يونس: ٧١) يعنى امضوا إليّ كما يقال: قضى فلان أى مات و مضى. و قد يكون بمعنى الصنع و التقدير قال ابو ذؤيب:

و عليهما مسرودتان قضاهما　　داود أو صنع السوابغ تبّع

يقال: قضاه أى صنعه و قدّره و منه قوله تعالى: فقضاهن سبع سموات فى يومين (فصلت: ١٢) و منه القضاء و القدر و يقال استقضى فلان أى صيّر قاضيا اه. و حاصله أنه يستعمل لغة بمعنى الحكم و الفراغ و الهلاك و الأداء و الانهاء و المضى و الصنع و التقدير.

....

واحد أصله الختم و الفراغ من الامر و به يجري الفاظ القرآن و في الشرع (١) يراد به الإلزام و فصل الخصومات و قطع المنازعات و يقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس و أصله قضاي لانه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الالف همزت كرداء أصله رداي و لما كان وضع القضاء لفصل الخصومات و تنفيذ الاحكام و اكثر الخصومات يقع في البياعات و الديون ذكر بعدها كتاب القضاء لمساس الحاجة إلى القضاء و في الزاد القضاء فريضة محكمة و شريعة متبعة و عبادة شريفة لاجل ذلك أثبت الله تعالى لآدم عليه الصلاة و السلام

(١) و في الشرع الخ. عرف القضاء العلامة قاسم انه انشاء الزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا فخرج القضاء على خلاف الاجماع و ما ليس بحادثة و ما كان من العبادات و عرفه العلامة ابن الغرس انه الالزام في الظاهر على صيغة مختصة بامر ظن لزومه في الواقع شرعا قال فالمراد بالالزام التقرير التام و في الظاهر فصل احترز به عن الالزام في نفس الأمر لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى و على صيغة مختصة أي الشرعية كالزمت و قضيت و حكمت و أنفذت عليك القضاء و بأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور و النشهي و معنى في الظاهر أي الصورة الظاهرة اشارة الى أن القضاء مظهر في التحقيق للامر الشرعي لا مثبت خلافا لما يتوهم من أنه مثبت أخذا من قول الامام بنفوذه ظاهرا و باطنا في العقود و الفسوخ بشهادة الزور لأن الامر الشرعي في مثله ثابت تقديرا و القضاء يقرره في الظاهر و لم يثبت أمرا لم يكن لأن الشرع قد يعتبر المعدوم موجودا و الموجود معدوما كوجود الدخول حكما في إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربي فاجرى الممكن مجرى الواقع لئلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضى الى ثبوته اه ملخصا و تمامه في رسالته كذا في الشامية ص ٣٣٠ ج٤. و في البدائع ص٢ ج٧. القضاء هو الحكم بين الناس بالحق و في ص٤ ج٧. و هو ثابت عند الله من حكم الحادثة إما قطعا بأن كان عليه دليل قطعي و هو النص المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع و إما ظاهراً بأن أقام عليه دليلا ظاهرا يوجب علم غالب الرأي و أكثر الظن و هو ظاهر الكتاب و السنة و لو خبر واحد و القياس و ذلك في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء أو التي لا رواية فيها عن السلف فلو قضى بما قام الدليل القطعي على خلافه لم يجز لأنه قضى بالباطل قطعاً و كذا لو قضى في موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقاويل الفقهاء لم يجز لأن الحق لم يعدوهم و كذا لو قضى الاجتهاد فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجز لأن القياس في مقابلة النص باطل و لو ظاهراً. و أما ما لا نص فيه فإن مجتهداً قضى برأيه لا برأي غيره و إذا قلد الأفقه وسعه عند الإمام الاجتهاد خلافاً لهما و قيل الخلاف على العكس. و إن أشكل عليه الحكم استعمل رأيه و الأفضل مشاورة الفقهاء فإن اختلفوا أخذ بما يؤدي إلى الحق ظاهراً و إن اتفقوا على خلاف رأيه عمل برأي نفسه لكن لا يعجل بالقضاء حتى لو قضى مجازفاً لم يصح فيما بينه و بين الله تعالى فإذا كان مجتهداً أو لا يدري حاله يحمل على أنه قضى برأيه حملاً له على الصلاح و إن لم يكن من أهل الاجتهاد فإن حفظ أقاويل الصحابة عمل بمن يعتقد قوله حقاً على التقليد و إلا عمل الفتوى أهل الفقه في بلده من أصحابنا فإن لم يكن فيها إلا واحد وسعه الأخذ بقوله و لو قضى بمذهب خصمه و هو يعلم بذلك لم ينفذ. و لو كان ناسياً فله أن يبطله و في بعض الروايات صح قضاؤه عنده خلافاً لهما اه.

قال و لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولّى شرائط الشهادة و يكون من أهل الاجتهاد

الخلافة بقوله ﴿إني (١) جاعل في الارض خليفة﴾ و لداود عليه الصلاة و السلام بقوله تعالى ﴿يا داود (٢) إنا جعلناك خليفة﴾ و به أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليه الصلاة و السلام ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا و بالسنة لما روي أنه عليه أفضل الصلاة و السلام قال إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر و إن أصاب فله أجران و حديث معاذ رضى الله تعالى عنه لما بعثه النبى ﷺ ظاهر و بالإجماع و هو ظاهر و بالمعقول و هو أن في القضاء الامر بالمعروف و النهي عن المنكر و دفع الظلم عن المظلوم و دفع النهارج و قطع المنازعات و فصل الخصومات و الكل حسن عقلا و هو فرض كفاية بالاجماع و إن لم يصلح اللقضاء إلا واحد تعين عليه و وجب عليه بالإجماع (قال) أي القدوريّ (و لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى) بفتح اللام إسم مفعول من التولية و إنما قال المولى و لم يقل المتولي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه (شرائط الشهادة) و هي (٣) الإسلام و العقل و البلوغ و العدالة لأن مبنى القضاء على حكم الشهادة (و يكون) بالنصب عطفاً على قوله حتى يجتمع (من أهل الاجتهاد) الصحيح عندنا أن هذا شرط الأولوية لا شرط الجواز و قيل شرط الجواز و اليه مال صاحب شرح الاقطع و في وجيز (٤) الشافعية لا بد للقاضي من صفات و هو أن يكون حراً ذكراً مجتهداً بصيراً عدلاً بالغاً فلا يجوز قضاء المرأة و الأعمى و الصبي و الفاسق و الجاهل و المقلد انتهى و قد ذكر محمد رحمه الله تعالى في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً و ذكر الخصافّ ما يدل على جوازه لأنه قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه إذا كان له رأي فإن لم يكن له رأي و سأل فقيهاً أخذ بقوله و الدليل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز ما أخرجه (٥) أبوداودّ عن شريكّ عن سماكّ عن حنشّ عن علي رضي الله تعالى عنه قال بعثني رسول الله ﷺ إلي اليمن قاضياً فقلت يا رسول الله

(١)اني جاعل الآية. البقرة: ٣٠. (٢)يا داود الآية. ص: ٢٦. (٣)و هي الاسلام الخ. و في المنحة على البحر: القاضي تسعة و قد نظمها السيد الحمويّ فقال:

شروط القضاء تسع عليك حفظها ... لتحرز سبقا فى طلابك للعلا
بلوغ و اسلام و عقل و منطق ... فصيح به فصل الخصومة قد حلا
توليه حكما دون سمع لدعوة ... و حرية سمع و الابصار قد تلا
و فقدان حد القذف قد شرطوا له ... كما قال زين الدين فى البحر مجملا

(٤)و فى وجيز الشافعية مع العزيز ص٤١٥ ج١٢. (٥)أخرجه ابوداودّ فى القضاء باب كيف القضاء ص١٤٨ ج٢. و فى نصب الراية ص٦١ ج٤: و رواه احمد و اسحاق بن راهويه و ابوداود الطيالسي رحمهم الله تعالى فى مسانيدهم.

....

ترسلني و أنا حديث السن و لا علم لي بالقضاء فقال إن الله سيهدي قلبك و يثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء قال فما زلت قاضياً أو شككت في قضاء بعد و رواه الحاكم أيضاً في مستدركه و قال صحيح الإسناد و لم يخرجاه و علي رضى الله تعالى عنه لم يكن حينئذ من أهل الإجتهاد و قال الاستروشنيّ في فصوله قال بعضهم إذا كان صوابه أكثر من خطأه حل له الاجتهاد و قال البتيّ في أصوله قال بعض أصحابنا إذا كان عالماً في مسألة يعرف حقيقتها و لا يخفى عليه دقيقها يكون من أهل الاجتهاد في تلك المسألة و أما المجتهد الذي ذكره أهل الأصول فهو أن يكون عالماً بالنصوص من الكتاب و السنة مما يتعلق به الأحكام الشرعية و لا يشترط أن يكون عالماً بجميع ما في الكتاب و السنة و هذا عزيز و الرخصة في ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الأحكام و يشترط أيضاً أن يكون عالماً بوجوه العمل بالكتاب و السنة و الاجماع على ما عرف في أصول الفقه و إذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهداً و يجب عليه العمل باجتهاده و يحرم عليه تقليد غيره كذا في الميزان و قال صدر الإسلام البزدويّ في أصوله و أهل (١) الاجتهاد من يكون عالماً بالكتاب ناسخه و منسوخه و عالماً بالسنن ناسخها و منسوخها و عالماً بمعاني الكتاب و السنن التي هي أقيسة و إلى هذا أشار محمد رحمه الله تعالى في كتاب الحدود و بعضهم قالوا يجب أيضاً أن يكون عالماً بعرف بلده و كلامهم و لغتهم من الصريح و الكناية و الصحيح أن أهل الاجتهاد في مسائل الفقه من يكون عالماً بدلائل الفقه و هي الكتاب و السنة و إجماع الأمة و القياس إلى هنا لفظ صدر الإسلام و أما المفتي فقد قال

---

(١) أهل الاجتهاد الخ. الاجتهاد لغة بذل الطاقة في تحصيل ذى كلفة و اصطلاحا ذلك من الفقه في تحصيل حكم شرعى ظنى كما فى التحرير و أما حكمه فهو غلبة الظن بالحكم مع احتمال الخطأ و رأيت في حجج الدلائل أن الظن الغالب غير غلبة الظن لتغير الثانى دون الأول. و حاصل شرائط المجتهد على ما فى التلويح و التحرير: الاسلام و البلوغ و العقل و كونه فقيه النفس بمعنى شديد الفهم بالطبع و علمه باللغة و العربية أى الصرف و النحو و المعانى و البيان و الأصول و كونه حاويا بالعلم كتاب الله مما يتعلق بالأحكام و كونه عالما بالحديث متنا و سندا و ناسخا و منسوخا و لا يشترط فيه بعد صحة العقيدة علم الكلام و لا تفاريع الفقه و لا الذكورة و الحرية و لا العدالة فللفاسق الاجتهاد ليعمل بنفسه و أما غيره فلا يعمل به و يشترط كونه عالما بوجوه القياس و فى الحقيقة اشتراط علمه بالأصول يغنى عنه و لا بد من معرفة الاجماع و مواقعه و من معرفة عادات الناس فالحاصل أن الشرائط اربعة عشر شرطا. هذا ملخص ما فى البحر.

أما الأول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء و ما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء و الفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته و لو قبل جاز عندنا

صدر الإسلام البزدوي في أصوله أجمع الفقهاء و العلماء أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد فإنه لا يقدر أن يفتي الناس إذا لم يكن من أهل الاجتهاد فإنه يحتاج إلى الاجتهاد لا محالة و إن لم يكن من أهل الاجتهاد لا يحل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء و لا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين إلى هنا لفظ صدر الإسلام (أما الأول) يعني اشتراط شرائط الشهادة و قد ذكرناها (فلأن حكم القضاء يستقى) أي يستفاد و هكذا وقع في نسخة شيخي بلفظ يستفاد في الكتاب و قال تاج الشريعة يستقى في حكم الشهادة أي يؤخذ و يستنبط و يستخرج و يستفاد بطريق ترشيح الاستعارة لمشابهة العلم بالماء إذ به حياة الأرواح كما أن بالماء حياة الأشباح (من حكم الشهادة) لأنه مبنى القضاء على الشهاة كما مر (لأن كل واحد منهما) أى من الشهادة و القضاء (من باب الولاية) إذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير و لأن كل واحد منهما إلزام فالشهادة ملزمة على القاضي و القضاء ملزم على الخصم (فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء) هذا نتيجة ما قبله من الكلام و كذلك قوله (و ما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء) بل اشتراطها في القضاء اولى لان القضاء ولاية عامة (و الفاسق (١) أهل للقضاء حتى لو قلد يصح) أي تقليده (إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته و لو قبل جاز عندنا) و قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى لا يصح تقليدة و به قال بعض (٢) مشايخنا رحمهم الله تعالى قلت (٣) الصواب معهم و لا سيما قضاة هذا الزمان و قال اصبغ المالكي يصح و لكن يجب عزله و في وسيط (٤) الغزالي اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد و العدالة و غيرهما متعذر في عصرنا

---

(١)الفاسق الخ. الفسق لغة الخروج عن الاستقامة كذا فى المغرب ص١٣٩ ج٢ و شرعا ارتكاب كبيرة أو الاصرار على صغيرة كما فى الخزانة. و العدالة اجتناب الكبائر و الاصرار على صغيرة و اجتناب فعل ما يخل بالمروءة فاذا ارتكب ما يخلها خرج عن كونه عدلا و ان لم يصر فاسقا به كذا فى البحر ص٤٣٨ ج٦. (٢)بعض مشايخنا كالطحاوى كما فى الشامية. (٣)قلت الصواب الخ. أقول لو اعتبر هذا لا نسد باب القضاء خصوصا فى زماننا كذا فى الشامية ص٣٣٣ ج٤. (٤)و فى وسيط الغزالى الخ. كذا فى الفتح.

بخلو العصر عن المجتهد العدل فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطنا ذو شوكة و إن كان جاهلا فاسقاً و في (١) خلاصة الفتاوى و اختلفت الروايات في تقليد الفاسق بالقضاء و الاصح (٢) أنه يصح التقليد و لا ينعزل بالفسق ثم قال قال في المحيط انما يستحق العزل عند عامة المشايخ رحمهم الله تعالى إلا إذا شرط في التقليد انه متى جار ينعزل و عند الشافعي رحمه الله تعالى ينعزل و الإمام يصير إماماً بالفسق و لا ينعزل بالفسق بلا خلاف إلى هنا لفظ الخلاصة و في نوادر هشامٌ قال محمد رحمه الله تعالى لو فسق القاضي ثم تاب فهو على قضائه و حكي عن الكرخيٌ أنه ينعزل بفسقه و عن علي الرازي صاحب أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه ينعزل القاضي بفسقه و لا ينعزل الخليفة بفسقه إلى هنا لفظ كتاب الاجناس و قال فيه أيضاً و في أدب القاضي للحسن بن زيادٌ قاض (٣) نصب و هو عدل ثم فسق بعد ذلك و ارتشى و قد كان قضى بقضايا قبل أن يفسق و بقضايا بعد ما فسق بطل كل قضية قضى بها بعد ما فسق و نفذت القضايا التي قضي بها قبل أن يفسق و قال

---

(١)خلاصة الفتاوى ص٣ ج٤. (٢)و الأصح الخ. و هو أصح الأقاويل كما في العمادية نهر كذا في الشامية.

(٣)قاض نصب الخ. و في الشامية: و أما اذا ارتشى أي بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما في الفتح فحكي في العمادية: فيه ثلاثة أقوال قيل إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه و في غيره و قيل لا ينفذ فيه و ينفذ فيما سواه و اختاره السرخسيٌ و قيل لا ينفذ فيهما و الأول اختاره البزدويٌ و استحسنه في الفتح: لأن حاصل أمر الرشوة فيما اذا قضى بحق ايجاب فسقه و قد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة و قضاؤه بحق فلم لا ينفذ و خصوص هذا الفسق غير مؤثر و غاية ما وجه أنه اذا ارتشى عامل لنفسه معنى و القضاء عمل لله تعالى اه قال في النهر تبعا للبحر و أنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع بل يؤثر بملاحظة كونه عملا لنفسه و بهذا يترجح ما اختاره السرخسيٌ و في الخانية: أجمعوا أنه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اه قلت حكاية الاجماع منقوضة بما اختاره البزدويٌ و استحسنه في الفتح و ينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان و إلا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن لأنه لا تخلو قضية عن أخذ القاضي الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الأحكام و قد مر عن صاحب النهرٌ في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا. و في الحامدية عن جواهر الفتاوى قال شيخنا و امامنا جمال الدين البزدويٌ أنا متحير في هذه المسألة لا أقدر أن أقول تنفذ أحكامهم لما أرى من التخليط و الجهل و الجراءة فيهم و لا أقدر أن أقول لا تنفذ لأن أهل زماننا كذلك فلو أفتيت بالبطلان أدى إلى إبطال الاحكام جميعا يحكم الله بيننا و بين قضاة زماننا أفسدوا علينا ديننا و شريعة نبينا ﷺ لم يبق منهم إلا الاسم و الرسم اه هذا في قضاة ذلك الزمان فما بالك في قضاة زماننا فانهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حل ما يأخذونه من المحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك و سمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك و أظن أن ذلك افتراء عليه و لا حول و لا قوة إلا بالله العلي العظيم.

و لو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل و يستحق العزل و هذا هو ظاهر المذهب و عليه مشايخنا رحمهم الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده و عن علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى

أبوحنيفة رحمه الله تعالى لو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً و أنفذ قضايا كثيرة ثم علم أنه فاسق مرتش لم يزل منذ ولي على ذلك ينبغي للقاضي الذي يختصمون اليه أن يبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي إلى هنا لفظ الاجناس (و لو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة) الرشوة (١) بكسر الراء و ضم الراء لغة فيه ماخوذة من الرشاء بالمد فإن نازح البئر لا يتصل اليه إلا به فلذلك الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام إلا بها و الرشوة على أربعة أوجه: منها ما هو حرام للآخذ و المعطى و هو الرشوة في تقليد القضاء فإنه لا يصير قاضياً بالرشوة بالإجماع سواء كان قضاؤه بحق أم بغير حق و منها ما يأخذه القاضي على القضاء و هو حرام من الجانبين أيضاً و لا ينفذ قضاؤه بحق أو بغير حق و منها ما يدفعها لخوف على نفسه أو ماله فهذا حرام على الآخذ لا الدافع و منها ما لو دفعها ليسوى أمره عند السلطان حل الدو لا يحل الاخذ فلو أراد أن يحل الأخذ يستأجر الآخذ يوماً إلى الليل بما يريد أن يدفع اليه فإنه يجوز هذه الإجارة ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل و إن شاء استعمله في غيره كذا في فتاوي (٢) قاضي خانٌ و أدب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله تعالى (و غيره) أي أو في غير أخذ الرشوة كالزنا و شرب الخمر و نحو ذلك من المعاصي (لا ينعزل و يستحق (٣) العزل و هذا هو ظاهر المذهب و عليه مشايخنا رحمهم الله تعالى) أي علماء بخاري و سمرقند رحمهم الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله تعالى الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده) أي عند الشافعي رحمه الله تعالى (و عن علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى) و

(١) الرشوة الخ. و في تاج العروس مع القاموس مادة رشا ص ١٥٠ ج ١٠. (الرشوة مثلثة) الكسر هو المشهور و الضم لغة و عليهما اقتصر ابن سيده و الأزهري و الجوهري و صاحب المصباح و الفتح عن الليث (الجعل) و هو ما يعطيه الشخص الحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد (ج رشا) بالضم كمدية و مدى (و رشا) كسدرة و سدر و هي الاكثر (و رشاه) رشوا (أعطاه إياها و ارتشى أخذها و استرشى) في حكمه (طلبها) عليه نقله الجوهري (و راشاه) مراشاة (حاباه) نقله ابن سيده (و) أيضا (صانعه) و في الصحاح ظاهره (و ترشاه لاينه) نقله ابن سيده و الجوهري اه و في البحر ص٤٤٠ ج٦. و في المصباح: البرطيل بكسر الباء الرشوة و في المثل البراطيل تنصر الأباطيل كناية ما خوذ من البرطيل الذى هو المعول لأنه يستخرج به ما استتر و فتح الباء عامي لفقد فعليل بالفتح اه. و ذكر الأقطعٌ أن الفرق بين الهدية و الرشوة أن الرشوة ما يعطيه بشرط أن يعينه و الهدية لا شرط معها اه. (٢) فتاوى قاضي خان ص ٤٥ ج٣. (٣) يستحق العزل معناه يجب على السلطان عزله كذا في البزازية. و في المعراج: يحسن عزله اه فقد اختلف في معنى الاستحقاق كذا في البحر.

في النوادر أنه لا يجوز قضائه و قال بعض المشايخ إذا قلد الفاسق ابتداء يصح و لو قلد و هو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها و هل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا لأنه من أمور الدين و خبره غير مقبول في الديانات و قيل يصلح لأنه يجتهد الفاسق

هم أبو حنيفة و ابو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى (في النوادر انه لا يجوز قضاؤه) أي قضاء الفاسق كما هو مذهب الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و قال بعض المشايخ إذا قلد الفاسق ابتداء يصح و لو قلد و هو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها) أي دون العدالة (و هل يصلح الفاسق مفتياً قيل (١) لا) أي لا يصلح (لانه) أي لان الإفتاء (من أمور الدين و خبره غير مقبول في الديانات) لان مبناه على الامانة و الاحتراز عن الخيانة و به قال (٢) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى (و قيل يصلح لانه) أي لان الشأن يجتهد الفاسق) أى المفتي

(١)قيل لا الخ. ظاهر ما فى التحرير أنه لا يحل استفتاء الفاسق اتفاقا فانه قال: الاتفاق على حل استفتاء من عرف أهل العلم بالاجتهاد و العدالة أو رآه منتصبا و الناس يستفتونه معظمين: و على امتناعه إن ظن عدم أحدهما فان جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره إذ الاتفاق على المنع اه. فلا أقل من أن يكون ترجيحا لعدم صلاحيته و لذا جزم به في المجمع و اختاره فى شرحه و قال: إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الالهية في تحقق الواقعات الشرعية طاعة الله عز و جل و التمسك بحبل التقوى قال الله تعالى و اتقوا الله و يعلمكم الله (البقرة: ٢٨٢) و من اعتمد على رأيه و ذهنه فى استخراج دقائق الفقه و كنوزه و هو فى المعاصى حقيق بانزال الخذلان عليه فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه و من لم يجعل الله له نورا فماله من نور اه. فشرط المفتي إسلامه و عدالته و لزم منها اشتراط بلوغه و عقله فترد فتوى الفاسق و الكافر و غير المكلف اذ لا يقبل خبرهم و يشترط أهلية اجتهاده و لا حاجة إلى اشتراط التيقظ و قوة الضبط كما فى الروض للاحتراز عمن غلب عليه الغفلة و السهو لأن اشتراط العدالة يغني عنهما. و فى شرح الروض: و ينبغى للامام أن يسأل أهل العلم المشهورين فى عصره عمن يصلح للفتوى ليمنع من لا يصلح و يتوعده بالعقوبة بالعود و ليكن المفتي متنزها عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف و الاستنباط و لو كان المفتي عبدا أو امرأة أو أعمى أو أخرس بالاشارة و ليس هو كالشاهد فى رد فتواه لقرابة و جر نفع و دفع ضر و عداوة فهو كالراوى لا كالشاهد و تقبل فتوى من لا يكفر و لا يفسق ببدعة كشهادته اه. و فى تلقيح المحبوبى أن الاشارة من المفتى الناطق يعمل بها فلا يختص بالأخرس اه. و فى القنية رامزا لعين الأئمة المكي: أشار المفتي برأسه مكان قوله نعم فللمستفتي أن يعمل به و رمز للنوازل عن أبي القاسم مثله و رمز لظهير الدين المرغيناني لا لأن اشارة الناطق لا تعتبر اه و ينبغي أن يكون المفتي كالقاضي فى أوصاف الكمال. و فى الظهيرية: و لا بأس للقاضى أن يفتى من لم يخاصم اليه و لا يفتى أحد الخصمين فيما خوصم اليه اه. كذا فى البحر ص ٢٤٤ ج٦. (٢)و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى كما فى شرح الوجيز ص ٤٢٠ ج١٢ و المغنى ص ٣٨٢ ج ١١.

حذاراً عن النسبة إلى الخطأ و أما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى و هو يقول إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه و لا قدرة دون العلم و لنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره و مقصود القضاء يحصل به و هو إيصال الحق إلى مستحقه و ينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر و الأولى لقوله عليه الصلاة و السلام

الفاسق كل الجهد في إصابة الحق (حذاراً (١) عن النسبة إلى الخطأ) و قال أبو العباس الناطفيّ في آخر أدب القاضي من كتاب الاجناس الفقيه إذا كان فاسقاً هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخّ ذكر محمد بن شجاعّ في نوادره سمعت بشر بن غياثّ يقول أرى الحجر على ثلاثة قاض فاسق و طبيب جاهل و مكار مفلس و قال محمد بن شجاعّ في قول نفسه لا بأس بأن يستفتي من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء فيجيب بما هو الصواب (و أما الثاني) أي الشرط الثاني في الولي و هو شرط الاجتهاد و قد مر الكلام فيه و لكن نتكلم في حل المتن (فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية) و المجتهد أحب من غيره (فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى) و بقوله قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (و هو) أي الشافعي رحمه الله تعالى (يقول إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه) لأنه مأمور بالقضاء بالحق و لا أمر بلا قدرة و لا قدرة بلا علم و هو معنى قوله (و لا قدرة دون العلم) (٣) لأن الجاهل يحيط حيط القشر و لا يميز بين الحق و الباطل (و لنا أنه) أي أن الجاهل (يمكنه أن يقضي بفتوى غيره و مقصود القضاء يحصل به و هو ايصال الحق إلى مستحقه) و في بعض النسخ إلى المستحق فإن قيل روى (٤) أبو داودّ عن ابن بريدة عن أبيه رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال القضاة ثلاثة واحد فى الجنة و اثنان فى النار فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق فقضى به و رجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار و رجل قضى للناس على جهل فهو في النار أجيب بأن الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله و لا يرجع إلى الغير (و ينبغى للمقلد) بكسر اللام (أن يختار من هو الأقدر) على القضاء (و الأولى) لعلمه و دينه و أمانته (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي

---

(١)حذارا. الاولى أن يقول حذرا لما فى القاموس و حذار حذار و قد ينون الثانى أى احذر كذا فى الشامية.
(٢)قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى كذا فى المغنى ص٣٨٢ ج١١ و فتح القدير ص٣٥٩ ج٦. (٣)دون العلم. أقول لعل المراد بالعلم هو العلم المعهود أعنى العلم بالاحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام كذا فى السعدية. (٤)روى ابوداودّ فى القضاء باب فى القاضي يخطئ ص١٤٧ ج٢.

من قلد إنساناً عملا و في رعيته من هو أولى منه فقد خان الله و رسوله و جماعة المسلمين

لقول النبي ﷺ (من قلد إنساناً عملا و في رعيته من هو أولى منه فقد خان الله و رسوله و جماعة المسلمين) روى (١) الحاكمؒ في مستدركه عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ من استعمل رجلا من عصابة و في تلك العصابة من هو أرضي لله عنه فقد خان الله و رسوله و جماعة المسلمين و قال (٢) صحيح الإسناد و لم يخرجاه و رواه الطبرانيؒ في معجمه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلا و هو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك و أعلم منه بكتاب الله و سنة رسوله فقد خان الله و رسوله و جماعة المسلمين و روى (٣) أبو يعلي الموصليؒ في مسنده عن حذيفة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس و علم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله و رسوله و جماعة المسلمين فانظر إلى ملوك زماننا هذا كيف يولون قضاة و نواباً مع علمهم أن في رعيتهم من هو أفضل منهم و أعلم و أدين و غالب توليتهم بالرشاء و البواطيل و قد روى (٤) أبوداودؒ عن عبد الله بن عمروؓ قال لعن رسول الله ﷺ الراشي و المرتشي و روى الخصاف من حديث ابى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ انه قال لعن الله الراشي فى الحكم و روى عن النبى ﷺ أنه قال الراشي و المرتشي فى النار و روى عنه أنه قال الراشي و المرتشي و الرائش ملعون الراشي (٥) المعطى و المرتشي الآخذ

(١)روى الحاكمؒ فى الاحكام ص٩٢ ج٤ كذا فى نصب الراية مع الهامش ص٦٢ ج٤. (٢)قال صحيح الاسناد الخ. أقول فى سنده حسين بن قيس الرحبى ضعفه شمس الدين الذهبيؒ فى مختصره و روى هذا الحديث ابن عديؒ فى الكامل و ضعف حسين بن قيس عن النسائى و احمد بن حنبل رحمهما الله تعالى و رواه العقيليؒ فى كتابه و أعله بحسين بن قيس و قال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضى الله عالى عنه اهـ كذا فى نصب الراية. (٣)روى ابو يعلىؒ الخ. كذا فى نصب الراية. (٤)روى ابوداودؒ فى القضاء باب فى كراهية الرشوة ص١٤٨ ج٢ و ابن ماجةؒ فى الاحكام باب التغليظ فى الحيف و الرشوة ص١٦٨. و فى الباب عن ابى هريرة و عائشة و ام سلمة و عبد الرحمن بن عوف و ثوبان رضى الله تعالى عنهم أما حديث ابى هريرة رضى الله تعالى عنه فرواه احمد و الترمذى و ابن حبان رحمهم الله تعالى و اما حديث عائشة و ام سلمة رضى الله تعالى عنهما فينظر من أخرجهما و أما حديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه فرواه الحاكم و أما حديث ثوبان رضى الله تعالى عنه فرواه احمد و الحاكم رحمهما الله تعالى و فى أسناده ليث بن أبى سليم و ذكر البزارؒ أنه تفرد به كذا فى التلخيص الحبير ص١٨٩ ج٤. (٥)الراشي الخ. و فى النهاية لابن الاثيرؒ ص٢٢٦ ج٢. الرشوة (بالكسر) و الرشوة (بالضم) الوصلة الى الحاجة بالمصانعة و أصله من الرشاء الذى يتوصل به الى المآء. فالراشي من يعطى الذى يعينه على الباطل و المرتشى الآخذ و الرائش الذى يسعى بينهما يستزيد لهذا و يستنقص لهذا فأما ما يعطى توصلا إلى أخذ حق أو دفع ظلم فغير داخل فيه. روى أن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أخِذ بأرض الحبشة في شيء فأعطى =>

و في حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه و قيل أن يكون صاحب قريحة مع ذلك يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها قال و لا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه

و الرائش الذي يسعى بينهما ليسوى أمره (و في حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه) أي في أصول الفقه لفخر الإسلام و غيره في باب معرفة المجتهدين و قد ذكرنا فيما مضى في هذا الباب مما فيه الكفاية (حاصله) أي حاصل ما قيل في حد الاجتهاد (أن يكون) أي الذي يدعي الاجتهاد (صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني (١) الآثار أو صاحب فقه) (٢) أي أو يكون صاحب فقه (له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه و قيل أن يكون صاحب قريحة مع ذلك) قال صاحب الجمهرة القريحة خالص الطبيعة و منه اشتقاق القراح و هو المآء الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبخ و غيره و في تهذيب الديوان قريحة البئر أول مائها و القريحة الطبيعة و منه يقال لفلان قريحة جيدة يراد استنباط العلم و هي على وزن فعلية بمعنى مفعولة إسم للبئر من قرحتها إذا حفرتها ثم سموا الماء بذلك للملابسة بينهما ثم قالوا فلان حسن القريحة إذا ابتدع شعراً أو خطبة أجاد فيهما فاستعاروها للطبع و هو من مستعار المجاز لأن أصل القرح الجرح و الشق و منه القارح و هو الفرس الذي قرح نابه أي شق (يعرف بها) أي بالقريحة (عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتني عليها) أي على العادات لأن العرف قد يغلب على القياس كما في الاستصناع جوز بخلاف القياس (قال) أي القدوري (و لا بأس (٣) بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه) أي فرض القضاء و هو الحق لأن القضاء بالحق فرض أمر به

=> دينارين حتى خلّى سبيله و رؤى عن جماعة من أئمة التابعين قالوا: لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه و ماله اذا خاف الظلم اه. (١)معانى الآثار. و المراد بمعانى الآثار المعانى التى هى مناطات الاحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث كذا فى الفتح. (٢)أو صاحب فقه الخ. و أنت تعلم أن المجتهد يحتاج الى الأمرين جميعا و هو تحرزه من القياس في معارضة النص و معرفة معانى الآثار ليتمكن من القياس فالوجه أن يقال صاحب حديث و فقه ليعرف معانى الآثار و يمتنع عن القياس بخلاف النص كذا فى الفتح. (٣)لا بأس بالدخول فى القضاء الخ. و فى الهندية و القضاء على خمسة أوجه. واجب و هو أن يتعين له و لا يوجد من يصلح غيره. و مستحب و هو أن يوجد من يصلح لكنه هو أصلح و أقوم به. و مخير فيه و هو أن يستوى هو و غيره في الصلاحية و القيام به و هو مخير ان شآء قبله و ان شآء لا. و مكروه و هو أن يكون صالحا للقضاء لكن غيره أصلح. و حرام و هو أن يعلم من نفسه العجز عنه و عدم الانصاف فيه لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى ما لا يعرفونه فيحرم عليه كذا فى خزانة المفتين.

لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم تقلدوه و كفى بهم قدوة و لأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف قال و يكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه

الانبياء عليهم الصلاة و السلام (لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم تقلدوه) أي القضاء و روى (١) أبوداود و الترمذي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى أن علياً رضى الله تعالى عنه تقلد القضاء من النبى ﷺ و روى (٢) البيهقىّ لما ولى أبوبكر رضى الله تعالى عنه ولى عمر رضى الله تعالى عنه القضاء و ولى أباعبيدة رضى الله تعالى عنه المال و روى (٣) البيهقىّ أيضاً أن عمر رضى الله تعالى عنه استعمل عبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنه على القضاء و بيت المال و روي (٤) ابن سعدّ في الطبقات عن نافعّ لما استعمل عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه على القضاء فرض له رزقاً (و كفى بهم قدوة) أي كفي بالصحابة رضى الله تعالى عنهم أسوة قال (٥) الجوهرىّ القدوة الاسوة يقال فلان قدوة يقتدى به و قد يضم فيقال لي بك قدوة و قدوة و قدة (و لأنه) أي و لأن القضاء (فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) و الامر بالمعروف و النهى عن المنكر فرض فإن (٦) قيل لو كان القضاء فرض كفاية كان الدخول فيه مستحبا لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة و غيرها قلنا نعم لكن فيه خطر عظيم و أمر مخوف لا يسلم في بحره كل سابح فبالنظر إلى كونه فرض كفاية يجوز و بالنظر إلى كونه متضمنا أمراً مخوفاً يكره فقلنا لعدم البأس (قال) أي القدوريّ (و يكره الدخول فيه) أي في القضاء (لمن يخاف العجز عنه) أي عن القضاء و كره بعض العلماء أو بعض السلفّ الدخول فيه سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها العجز عنه و فسروا الكراهة هنا بعدم الجواز فقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في أدب القاضي و منهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً ألا ترى أن أباحنيفة رحمه الله تعالى دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً فلما كان في المرة الثالثة قال حتى أستشير اصحابي فاستشار أبايوسف رحمه الله تعالى فقال أبويوسف رحمه الله تعالى لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه أبوحنيفة رحمه الله تعالى نظر الغضب و قال

(١) روى ابوداودّ فى القضاء باب كيف القضاء ص ١٤٨ ج ٢ و الترمذيّ فى الاحكام باب ما جآء في القاضى لا يقضى بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ص١٥٩ ج١ و ابن ماجةّ فيه باب ذكر القضاة ص١٦٨ . (٢)روى البيهقىّ فى آداب القاضى ص٨٧ ج١٠. (٣)روى البيهقىّ فى آداب القاضى ص٨٧ ج١٠. (٤)روى ابن سعدّ الخ. كذا فى نصب الراية ص٦٣ ج٤. (٥)قال الجوهرىّ فى الصحاح مادة قدا ص٢٤٥٩ ج٦ . القدوة (بكسر القاف و سكون الدال): الاسوة. يقال فلان قدوة (بالكسر) يقتدى به. و قد يضم فيقال: لى بك قدوة (بضم الدال فالسكون) و قدوة (بالكسر فالسكون) و قدة (بالكسر فالفتح مع التخفيف فيهما). (٦)فان قيل الخ. كذا فى الكفاية.

و لا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطاً لمباشرته القبيح و كره بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله عليه الصلاة و السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين

أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت اقدر عليه و كأني بك قاضياً و يروى أنه قال أراك أن تبتلي بالقضاء و كذا دعي محمد رحمه الله تعالى إلى القضاء فأبى حتى قيد و حبس فاضطر ثم تقلد (و لا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطاً) أي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة (لمباشرته القبيح) و هو الحيف في القضاء و إنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا و في الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له علي مظالبة بكذا فإن قضيت لي فلك كذا (و كره بعضهم الدخول فيه) أي في القضاء حال كونه (مختاراً لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين) رواه (١) أصحاب السنن الاربعة عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه ان رسول الله ﷺ قال من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين و رواه الحاكم في مستدركه و قال صحيح الإسناد و لم يخرجاه و رواه (٢) ابن عدي في الكامل عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى ﷺ قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين و و ذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالى في أدب القاضي وجه التشبيه أن السكين تؤثر في الظاهر و الباطن جميعاً و الذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق و الغم و نحو ذلك فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذلك القضاء لا يؤثر في الظاهر فانه في ظاهره جاه و في باطنه هلاك و كان شمس الأئمة الحلواني يقول لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي فقد حكي أن قاضياً روى له هذ الحديث فازدراه و قال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من

(١)رواه أصحاب السنن الخ. أقول رواه أبوداودٌ في القضاء باب في طلب القاضي ص١٤٧ ج٢ عن عثمان بن محمد الخنسي عن المقبري عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه الخ و بهذا السند رواه النسائي في سننه الكبرى في القضاء (باب) التغليظ في الحكم ص٤٦٢ ج٣ و ابن ماجةٌ في الاحكام باب ذكر القضاة ص١٦٨ و الحاكمٌ في المستدرك و الدارقطنيٌ في السنن و احمد و ابن أبي شيبة و أبويعلى الموصلي رحمهم الله تعالى في مسانيدهم و رواه الترمذيٌ في الاحكام باب ما جآء عن رسول الله ﷺ في القاضي ص١٥٨ ج١ عن عمرو بن أبي عمرو عن سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله تعالى الخ و قال هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه اه و بهذا السند رواه أحمد و البزار و الدارقطني رحمهم الله تعالى راجع نصب الراية ص٦٤ ج٤. (٢)رواه ابن عديٌ في الكامل عن داود بن الزبرقان عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه الخ. قال ابن عديٌ: لا أعرف هذا الحديث عن عطاء بن السائب إلا من حديث داود بن الزبرقان عنه و أسند تضعيفه أعني داود عن النسائي و ابن معين كذا في نصب الراية ص٦٤ ج٤.

و الصحيح أن الدخول فيه

تحت ذقنه إذا عطس فأصابه الموسى و ألقى رأسه بين يديه (و قد جآء في التحذير عنه آثار و قد اجتنبه أبوحنيفة رحمه الله تعالى فصبر على الضرب و اجتنبه كثير من السلف و قيد محمد رحمه الله تعالى نيفا و ثلاثين يوما أو نيفاً و اربعين يوماً حتى تقلده) هذا كله ليس بموجود في بعض النسخ و روايته موجودة في نسخة شيخ العلاء رحمه الله تعالى فلذلك إستدركه و كتبه على الحاشية و شرحه مضى عن قريب و الذي ضرب أباحنيفة رحمه الله تعالى على تركه القضاء هو أبوجعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين و كان الذي قلد القضاء لمحمد رحمه الله تعالى هو الرشيد ثم عزله قوله: و قد جآء في التحذير أي عن الدخول في القضاء آثار أي أخبار كثيرة منها حديث أبي ذر رضى الله تعالى عنه رواه (١) مسلم ان النبي ﷺ قال يا أباذر اني أراك ضعيفا و اني أحب لك ما أحب لنفسي لا تامرن على اثنين و لا تولين مال يتيم و منها حديث بريدة رضى الله تعالى عنه رواه (٢) ابوداود أن رسول الله ﷺ قال القضاة ثلاثة... الحديث و منها حديث عائشة رضى الله تعالى عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره رواه (٣) ابن حبان في صحيحه (و الصحيح أن الدخول فيه) أي

(١)رواه مسلم في الامارة باب كراهية الامارة بغير ضرورة ص١٢١ ج٢. (٢)رواه ابوداود الخ. قد مر لفظه و تخريجه مفصلا عن قريب في البناية مع الهامش ص..... ج١١. (٣)رواه ابن حبان الخ. كذا في نصب الراية ص٦٥ ج٤. أقول و في الباب احاديث منها ما رواه الحاكم في المستدرك في الاحكام ص٩١ ج٤ عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ليوشكن الرجل أنه يتمنى أنه خر من الثريا و لم يل من أمر الناس شيئا اه و منها ما رواه الحاكم أيضا في المستدرك في الاحكام ص١٠٣ ج٤ عن سعدان بن الوليد عن عطاء عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال من ولى على عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يداه إلى عنقه فان حكم بما انزل الله و لم يرتش في حكمه و لم يحف فك الله عنه يوم لا غل إلا غله و ان حكم بغير ما انزل الله و ارتشى في حكمه و حابى فيه شدت يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم و سكت عنه ثم قال: و سعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث و لم يخرجاه عنه و منها ما رواه أبويعلى الموصلي في مسنده عن معتمر بن سليمان عن عبد الملك ابن أبي جميلة عن عبدالله بن وهب عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال من كان قاضيا عالما فقضى بالجور كان من أهل النار و من كان قاضيا فقضى بجهل كان من أهل النار و من كان قاضيا عالما فقضى بعدل فبالحري أن ينقلب كفافا اه قال ابوحاتم في "علله" عبد الملك هذا مجهول و عبدالله بن وهب أرى أنه ابن موهب الرملي اه و منها ما رواه الطبراني في معجمه حدثنا الحسين بن اسحاق التستري ثنا محمود بن خالد الدمشقي ثنا سويد بن عبد العزيز ثنا يسار أبوالحكم عن أبي وائل شقيق بن سلمة عن أبي ذر و بشر بن عاصم رضى الله تعالى عنهما أنهما قالا لعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه و قد أراد أن يستعمل بشر بن عاصم رضى الله تعالى عنه على عمل: سمعنا رسول الله ﷺ يقول: من ولى شيئا من =>

رخصة طمعاً في إقامة العدل

في القضاء (رخصة طمعاً في إقامة العدل) قال (١) رسول الله ﷺ عدل ساعة خير من عبادة سنة. و روى (٢) مسلمٌ عن عبدالله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال إن المقسطين على منابر من نور عن يمين الرحمن و كلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم و أهليهم و ما ولوا

=> أمر المسلمين أتي به يوم القيامة حتى يوقف على جسر جهنم فان كان محسنا نجا و ان كان مسيئا انخرق به الجسر فهو فيه سبعين خريفا اه راجع نصب الراية. (١)قال رسول الله ﷺ الخ. قلت غريب بهذا اللفظ و روى اسحاق بن راهويهٌ في مسنده أخبرنا جعفر بن عون الحريثي ثنا عفان بن جبير عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ: يوم من امام عادل أفضل من عبادة ستين سنة و حدّ يقام في الارض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يوما اه و كذلك رواه الطبرانيٌ في معجمه الأوسط و رواه في الكبير عن عفان بن جبير الطائي عن أبي حريز الأزدي عن عكرمة به و روى أبوعبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال حدثنا هشيم عن زياد بن مخراق عن رجل عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال: العادل في رعيته يوما واحدا أفضل من عبادة العابد في أهله مائة سنة أو خمسين سنة شك هشيم اه كذا في نصب الراية ص٦٧ ج٤. (٢)روى مسلمٌ في الامارة باب فضيلة الامير العادل الخ. ص١٢١ ج٢. أقول و في الباب احاديث منها ما رواه البخاريٌ في الزكاة باب الصدقة باليمين ص١٩١ ج١ عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله امام عادل و شاب نشأ في عبادة الله و رجل معلق قلبه في المساجد و رجلان تحابا في الله اجتمعا عليه و تفرقا عليه و رجل دعته إمرأة ذات منصب و جمال فقال اني أخاف الله و رجل تصدق بصدقة فإخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه و رجل ذكر الله خاليا ففاضت عيناه و رواه مسلمٌ فيه باب فضل اخفاء الصدقة ص ٣٣١ ج١ و منها ما رواه مسلمٌ في الجنة و صفة نعيمها و أهلها باب الصفات التي يعرف بها في الدنيا أهل الجنة و أهل النار ص٣٨٥ ج٢ عن عياض بن حمار رضى الله تعالى عنه ان رسول الله ﷺ قال ذات يوم في خطبته... الى أن قال... و أهل الجنة ثلاثة ذو سلطان مقسط متصدق موفق و رجل رحيم رقيق القلب لكل ذي قربى و مسلم عفيف و متعفف ذو عيال. و منها ما رواه الترمذيٌ في الاحكام باب ما جآء في الامام العادل ص١٥٩ ج١ عن عطية عن أبي سعيد رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ ان أحب الناس إلى الله يوم القيامة و أدناهم منه مجلسا امام عادل و أبغض الناس إلى الله و أبعدهم منه مجلساً امام جائر و قال: حديث أبي سعيد رضى الله تعالى حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه اه و في نصب الراية ص٦٨ ج٤ قال ابن القطانٌ: في كتابه: و عطية العوفيٌ مضعف و قال ابن معين فيه: صالح فالحديث به حسن و روى البيهقيٌ في "كتاب الاسماء و الصفات" أخبرنا على بن احمد بن عبدان ثنا احمد بن عبيد الصفار ثنا ابراهيم بن اسحاق ثنا احمد بن يونس ثنا زهير ثنا سعد الطائي عن أبي مدلة أنه سمع أباهريرة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال ثلاثة لا ترد دعوتهم: الامام العادل و الصائم حتى يفطر و دعوة المظلوم اه و روى البيهقي أيضا من طريق ابن لهيعة عن عبيدالله بن أبي جعفر عن عمرو بن الأسد عن أبي أيوب رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ يد الله مع القاضي حين يقضي و قال: فقد تفرد به ابن لهيعة اه و في الطبقات لابن سعدٌ عن الشعبيٌ قال: كان مسروقٌ قاضيا و كان لا يأخذ على القضاء رزقا و قال: لأن أقضي بقضية فأوافق الحق أحب إليّ من رباط سنة في سبيل الله اه.

و الترك عزيمة فلعله يخطىء ظنه و لا يوفق له أو لا يعينه عليه غيره و لا بد من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد و إخلاء للعالم عن الفساد قال و ينبغي أن لا يطلب الولاية و لا يسألها لقوله عليه الصلاة و السلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه و من أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده

(و الترك) أي ترك القضاء (عزيمة) من العزم و هو الجد و الصبر (فلعله يخطىء ظنه فلا يوفق له) يعني انه أراد أن يقضي بالحق في الابتداء في ظنه ثم لا يقدر عليه (أو لا يعينه غيره عليه و لا بد من الإعانة) أي على القضاء بالحق أنه ربما لا يمكنه القضاء في الأمر إلا باعانة غيره عليه و لعل غيره لا يعينه عليه (إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد و إخلاء للعالم عن الفساد) هذا بلا خلاف بين الفقهاء كصلاة الجنازة إذا تعين واحد لإقامتها يفترض و معنى إخلاء العالم عن الفساد في الحدود و القصاص و قيد بقوله إذا كان هو الأهل للقضاء يعني وحده لأنه إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أثموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل (١) بينهم و إلا فلا و لو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى (قال) أي القدوريّ (و ينبغي (٢) أن لا يطلب الولاية و لا يسألها) أي لا يطلب ولاية القضاء بقلبه و لا يسألها بلسانه (لقوله عليه الصلاة و السلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه و من أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده) هذا الحديث رواه (٣)

---

(١)لا يفصل بينهم أى لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغى كذا فى السعدية. (٢)ينبغى أن لا يطلب الخ. و فى البحر ص ٤٥٩ ج٦. يكره السوال أى تحريما اه و فى الفتح ص ٣٦٤ ج٦. و اذا كان من طلب الولاية يوكل إلى نفسه وجب أن لا يحل لأنه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخذول اه و فى المنحة على البحر ص ٤٦١ ج٦. قال بعضهم نظما:

احذر من الواوات أر بعة فهن من الحتوف
واو الولاية و الوكا لة و الوصاية و الوقوف

(٣)رواه ابوداودّ فى القضاء باب فى القاضى يخطى ص١٤٧ ج٢ و الترمذىّ فى الاحكام باب ما جآء عن رسول الله ﷺ فى القاضى ص١٥٨ ج١ و ابن ماجةّ فيه باب ذكر القضاة ص١٦٨. عن إسرائيل عن عبد الأعلى بن عامر التعلبى عن بلال بن أبي موسى و يقال ابن مرداس عن انس رضى الله تعالى عنه الخ و أخرجه الترمذيّ أيضا عن أبي عوانة عن عبد الاعلى الثعلبى عن بلال بن مرداس الفزارى عن خيثمة و هو البصرى عن انس رضى الله تعالى الخ. و قال هذا حديث حسن غريب و هو أصح من حديث اسرائيل اه و فى نصب الراية ص ٦٩ ج٤. و بالسند الاول رواه احمد و اسحاق بن راهويه و البزار رحمهم الله تعالى فى مسانيدهم و الحاكم فى المستدرك و صححه (و تبعه الذهبىّ فى تلخيصه فصححه). قال ابن القطانّ فى كتابه: هذا حديث يرويه أبوعوانة عن عبد الأعلى =>

و لأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم و من أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان

أبوداود و الترمذي و ابن ماجة رحمهم الله تعالى من حديث أنس رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ من سأل القضاء وكل إلى نفسه... الحديث و لفظة أبي داودّ طلب القضاء و استعان عليه وكل اليه و من لم يطلبه و لم يستعن عليه أنزل الله ملكاً يسدده و لفظ الترمذيّ من ابتغى القضاء و سأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه و من أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده قوله وكل على صيغة المبني للمفعول بتخفيف الكاف أي فوض أمره اليها و من فوض أمره إلى نفسه كان مخذولا غير مرشد إلى الصواب لكون النفس أمارة بالسوء قوله يسدده أي يلهمه الرشد و يوفقه للصواب (و لأن من طلبه) أي القضاء (يعتمد على نفسه) في الورع و العلم و الفطنة فيصير معجباً فلا يلهم الرشد و يحرم التوفيق و هو معنى قوله (فيحرم و من اجبر عليه يتوكل على ربه) و من يتوكل على الله فهو حسبه (فيلهم) أي الرشد و الصواب (ثم يجوز التقلد) أي تقلد القضاء (من (١) السلطان

=> عامر الثعلبى عن بلال بن مرداس عن خيثمة عن انس رضى الله تعالى عنه. قال: و خيثمة بن أبى خيثمة البصرى لم تثبت عدالته. قال ابن معينّ: ليس بشيء و بلال بن مرداس الفزارى مجهول الحال روى عنه عبد الاعلى بن عامر و السدى و عبد الاعلى بن عامر ضعيف قال و العجب من الترمذىّ فانه أورد الحديث من رواية اسرائل عن عبد الاعلى عن بلال بن أبي موسى عن انس رضى الله تعالى عنه ثم قال في رواية أبي عوانة المتقدمة: انها أصح من رواية اسرائيل. قال و اسرائيل أحد الحفاظ و لولا ضعف عبد الاعلى كان هذا الطريق خيرا من طريق أبى عوانة الذي فيه خيثمة و بلال اه ما فى نصب الراية. أقول و أصح من الكل ما رواه البخاريّ فى الاحكام باب من سأل الامارة وكل اليها ص١٠٥٨ ج٢. عن عبد الرحمن بن سمرة رضى الله تعالى عنه قال قال لي رسول الله ﷺ يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الامارة فان أعطيتهاعن مسألة وكلت اليها و ان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها.

(١)من السلطان و لو كافراً كذا فى الدر المختار. و فى رد المحتار ص٣٤٢ ج٤. فى التتارخانية الاسلام ليس بشرط فيه أى في السلطان الذى يقلد و بلاد الاسلام التى فى أيدى الكفرة لا شك أنها بلاد الاسلام لا بلاد الحرب لانهم لم يظهروا فيها حكم الكفر و القضاة مسلمون و الملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون و لو كانت عن غير ضرورة منهم ففساق و كل مصر فيه وال من جهتهم تجوز فيه اقامة الجمع و الاعياد و اخذ الخراج و تقليد القضاة و تزويج الايامى لاستيلاء المسلم عليه و أما اطاعة الكفر فذاك مخادعة و أما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين اقامة الجمع و الاعياد و يصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين فيجب عليهم أن يلتمسوا واليا مسلما منهم اه و عزاه مسكين في شرحه الى الاصل و نحوه فى جامع الفصولين و في الفتح و اذا لم يكن سلطان و لا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا و يكون هو الذى يقضى بينهم و كذا ينصبوا اماما يصلى بهم الجمعة اه و هذا هو الذى تطمئن النفس اليه فليعتمد نهر و الاشارة بقوله و هذا الى ما أفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف ما مر عن التتارخانية و لكن اذا ولى الكافر عليهم قاضيا و رضيه المسلمون =>

الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضى اللّٰه تعالىٰ عنهم تقلدوا من معاوية رضى اللّٰه تعالىٰ عنه والحق كان بيد على رضى اللّٰه تعالىٰ عنه فى نوبته

الجائر كما يجوز من العادل(١) لأن الصحابة رضى اللّٰه تعالىٰ عنهم تقلدوا)اي القضاء (من معاوية رضى اللّٰه تعالى عنه) ابن ابى سفيان رضى اللّٰه تعالى عنه لما انفرد بالأمر وخالف عليا رضى اللّٰه تعالى عنه (والحق) (٢) اي والحال أن الحق (كان بيد على رضى اللّٰه تعالى عنه فى نوبته) اي فى خلافته

=> صحت توليته بلا شبهة تامل ثم ان الظاهر أن البلاد التى ليست تحت حكم سلطان بل لهم امير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغليب او باتفاقهم عليه يكون ذلك الامير فى حكم السطلان فيصح منه تولية القاضى عليهم (١) العادل وفى البحر ص٢٩٠ ج٦: العادل هو الواضع كل شيء فى موضعه . وقيل: هو المتوسط بين طرفى الافراط والتفريط سواء كان فى العقائد أو فى الأعمال أو فى الأخلاق وقيل: الجامع بين امهات كمالات الانسان الثلاثة وهي الحكمة والشجاعة والعفة التى هى اوساط التقوى الثلاث اعنى القوة العقلية والغضبية و الشهوانية. وقيل: المطيع لأحكام اللّٰه تعالى وقيل: المراعى لحقوق الرعية ذكره الكرمانىؒ فى شرح قوله عليه الصلاة و السلام :"إمام عادل" والعدل فى اللغة القصد فى الامور وهو خلاف الجور. وذكر الصدر الشهيدؒ فى شرح ادب القاضى للخصاف ان ابا بكر رضى اللّٰه تعالىٰ عنه سئل عن العدل وهو على المنبر فقال على البديهة:

العدل أن تأتى إلى أخيكا ما مثله أن يرضيكا

(٢) والحق الخ. قال المحقق ابن الهمامؒ فى الفتح ص٣٦٣ ج٦: وهذا تصريح بجور معاوية رضى اللّٰه تعالى عنه . قال العلامة ظفر احمد العثمانىؒ فى إعلاء السنن :قلت كلا ! بل كناية عن خطأه فى الاجتهاد فان كون الحق بيد علىؓ لا يستلزم جور مخالفيه إلا إذا ثبت تركهم للحق بعد وضوحه عمدا ودونه خرط القتاد. قال المحققؒ: والمراد فى خروجه لا فى أقضيته ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسنؓ له وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة. قال العثمانىؒ: قلت: قد ثبت بقاء الصحابة رضى اللّٰه تعالى عنهم على تقلد القضاء منه أيام محاربته قبل تسليم الحسنؓ له والبقاء عليه مثل ابتدائه حكما ونوبة علىؓ التى ذكرها المصنفؒ هى كونه رابعا بعد عثمانؓ

كان الحق بيد علىؓ فى نوبته وكان مخالفوه من اهل الجمل وصفين على خطأ فى الاجتهاد:

قال المحققؒ: وإنما كان الحق معه فى تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق فى قتال اهل الجمل وقتال معاوية رضى اللّٰه تعالى عنه بصفين. قال العثمانىؒ: قلت: ولكن معاوية واصحابه رضى اللّٰه تعالى عنهم انكروا صحة البيعة وانعقادها لزعمهم أن المهاجرين والأنصار من اهل المدينة إنما بايعوه كارهين مكروهين خوفا من قتلة عثمان رضى اللّٰه تعالى عنه الذين كانوا بأعيانهم فى عسكر علىؓ واحتجوا لذلك بقول طلحة والزبيرؓ: بالغياه واللج على أعناقنا و قول عبيد بن ابى سلمة لعائشةؓ: قتل عثمان رضى اللّٰه تعالى عنه وبقوا ثمانيا قالت : ثم صنعوا ما ذا؟ فقال: أخذوا اهل المدينة بالاجماع على على رضى اللّٰه تعالى عنه والقوم الغالبون على المدينة يعنى قتلة عثمان رضى اللّٰه تعالى عنه وقال عبداللّٰه بن الحسنؒ: لم يبايعه من الأنصار حسان بن ثابت وكعب بن مالك ومسلمة بن مخلد وابوسعيد الخدرى ومحمد بن مسلمة والنعمان بن بشير وزيد بن ثابت ورافع بن خديج و فضالة بن عبيد وكعب بن عجرةؓ وقال الزهرى: هرب قوم من المدينة الى الشام ولم يبايعوا عليا رضى اللّٰه تعالى عنه ولم يبايعه قدامة من مظعون وعبداللّٰه (١) بن سلام والمغيرة بن شعبةؓ . وقال محمد بن سعد بن ابى وقاص: بايع الناس علياؓ بالمدينة =>

---

(١) لعله لم يبايعه أولًا ثم بايعه.

والتابعين تقلدوا من الحجاج

لأن الخلافة كانت له بعد عثمان رضى الله تعالى عنه بالنص وقيد بقوله في نوبته احترازًا عن مذهب الروافض فانهم يقولون الحق مع على رضى الله تعالى عنه في جميع نوب الخلفاء في نوبة ابى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم ومع اولاده بعد على رضى الله تعالى عنه وعند اهل السنّة معاوية رضى الله تعالى عنه كان باغيا في نوبة على رضى الله تعالى عنه وبعده الى زمان ترك امير المؤمنين حسن رضى الله تعالى عنه الخلافة اليه فانعقد الاجماع على خلافة معاوية رضى الله تعالى عنه بعده (والتابعين) بالنصب عطفا على قوله الصحابة رضى الله تعالى عنهم (تقلدوه) أي القضاء (من الحجاج) ابن يوسف الثقفى عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان و مات في رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة ولما سمع الحسن البصريّ بموته سجد يعني شكراً لله تعالى وقال اللهم إنك قد أمته فامت عنا سنته وعن

=> وتربص سبعة نفر منهم سعد بن ابى وقاص و ابن عمر وصهيب وسلمة بن وقش و اسامة بن زيد ﷺ اهـ. و حين اجتمعت اليه الصحابة رضى الله تعالى عنهم في عدتهم بعد ما بايعوه وقالوا: انا قد اشترطنا اقامة الحدود و إن هولاء قد اشتركوا فى دم هذا الرجل وأحلو بأنفسهم قال لهم على ﷺ : يا اخوتاه! إنى لست أجهل ما تعلمون ولكنى كيف اصنع بقوم يملكوننا ولا نملكهم هاهم هولاء قد ثارت معهم عبدانكم و ثابت اليهم اعرابكم وهو خلالكم يسومونكم ما شاؤا فهل ترون موضعا لقدرة على ﷺ على شىء مما قلتم ؟ قالوا : لا ، قال : فلا والله لا أرى إلا رأيا ترونه إن شاء الله الخ ذكر ذلك كله الطبرى فى تاريخه(٥:١٥٨) وهذا صريح فى كون قتلة عثمان رضى الله تعالى عنه هم الغالبين على المدينة ومن فيها من المهاجرين والانصار قالوا: فالبيعة التى قد اخذت من الناس واهل الفتنة غالبون عليهم لم تكن صحيحة و لا منعقدة. قال المحققّ: وقوله عليه الصلوة والسلام لعمار رضى الله تعالى عنه : ستقتلك الفئة الباغية وقد قتله اصحاب معاوية ﷺ يصرح بأنهم بغاة. قال العثمانيّ: قلت: نعم ! كان هذا هو والله قاصمة الظهر لأصحاب معاوية ﷺ و بذلك انكشف الغطاء وارتفع الستر وبطل القيل والقال وتبين خطأهم فى اجتهادهم وظهر أمر الله بكون الحقّ بيد على ﷺ وهم كارهون . وزاده ايضاحا ما رواه ابوسعيد ﷺ رفعه : تكون امتى فرقتين فيخرج من بينهما مارقة يلي قتلهم اولاهم بالحق و فى لفظ له: تمرق مارقة عند فرقة من المسلمين يقتلها اولى الطائفتين بالحق رواه احمدّ و مسلمّ كما فى النيل (٧:٧٢) والمارقة هم الخوارج الذين رفضوا عليا ومعاوية رضى الله تعالى عنهما جميعا حين رجعا الى التحكيم وتولى قتلهم على بن ابى طالب واصحابه دون معاوية واصحابه رضى الله تعالى عنهم اجمعين فافهم وكن من الشاكرين.قال المحققّ: ولقد اظهرت رضى الله تعالى عنها الندم كما اخرجه ابن عبدالبر فى الاستيعاب قال: قالت عائشة رضى الله تعالى عنها لابن عمر رضى الله تعالى عنهما: يا ابا عبدالرحمن ! ما منعك أن تنهانى عن مسيرى؟ قال: رايت رجلا غلب عليك يعنى ابن الزبير ﷺ فقالت : أما والله لو نهيتنى ما خرجت اهـ (٦:٣٦٥) قال العثمانيّ: قلت: و كذلك طلحة والزبير رضى الله تعالى عنهما اظهرا الندم فانصرفا عن المعركة حين عرفا أن الحق بيد على ﷺ فقتلا غيلة وذلك أمر قد عرفه كل من له ممارسة بعلم الأيام وتاريخ الخلفاء والله تعالى اعلم .

و هو كان جائراً إلا إذا كان لا يمكّنه القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما إذا كان يمكّنه قال و من قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله و هو الخرائط التي فيها السجلات

الحسنّ ايضاً أنه قال لو جاء كل أمة بخبيثها و جئنا به لغلبناهم و ظلمه مشهور و تولى أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه القضاء بالشام و لما مات و كان معاوية رضى الله تعالى عنه استشاره فيمن يولي بعده فأشار إليه بفضالة بن عبيدة الانصاري رضى الله تعالى عنه فولاه الشام بعده و قال البخاريّ في تاريخه الوسط بإسناد إلى أبي اسحاقّ قال كان أبوبردةّ على قضاء الكوفة فعزله الحجاج و جعل أخاه مكانه و قال في موضع آخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال استقضى الحجاج أبابردة بن أبي موسى و أجلس معه سعيدِ بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير و مات الحجاج بعده بستة أشهر و لم يقتل بعده أحداً و في تاريخ أصبهان للحافظ ابى نعيم فى باب العين المهملة عبد الله بن أبى مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج فأقام محبوساً بواسط فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان و مات بها (و هو) أى الحجاج (كان جائراً) أي ظالماً شديد الظلم مشهوراً (إلا إذا كان) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر أي إلا إذا كان السلطان الجائر (لا يمكّنه) من التمكين (القضاء) أى الحكم (بحق لأن المقصود) و هو العمل بحق (لا يحصل بالتقلد) من السلطان الجائر (بخلاف ما إذا كان يمكّنه) حيث يجوز له التقلد منه و الضمير في ما اذا كان يرجع إلى السلطان و يمكّنه من التمكين (١) (قال) أي القدوريّ (و من قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله و هو الخرائط التي فيها السجلات) و في المغرب (٢) الديوان

(١) التمكين. و فى فتح القدير ص٣٦٥ ج٦ (فروع في العزل) للسلطان عزل القاضى بريبة و بلا ريبة و لا ينعزل حتى يبلغه العزل و ينعزل نائبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضى ينعزل نائبه و كثير من المشايخّ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضى لأنه نائب للسلطان و ينعزل القاضى بعزله نفسه اذا بلغ السلطان و ما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ المؤكل و قيل لا ينعزل القاضى بعزل نفسه لأن قضاءه صار حقا للعامة فلا يملك ابطاله و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتى قاض آخر صيانة لحقوق الناس و مثله وصى القاضى اذا عزل نفسه يشترط علم القاضى و يجوز تعليق العزل بالشرط و من صوره اذا كتب الخليفة اليه اذا وصلك كتابى هذا فأنت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب و لم يجز ظهير الدينّ تعليق العزل و ليس بشيء و ينعزل خلفاء القاضى بموته و لا ينعزل أمراء الخليفة و لو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل الأول؟ عن أبى يوسف رحمه الله تعالى لا ينعزل قال فى الخلاصة و هو الأشبه و لو شرط فى القضاء شرطا مثل أن لا يمتثل أمر أحد فخالف انعزل و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يترك القاضى على القضاء اكثر من سنة ثم يعزله و يقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم ائتنا. (٢) المغرب مادة دون ص٢٩٩ ج١. و فى تاج العروس ص٢٠٤ ج٩ (الديوان) بالكسر قال =>

و غيرها لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء

الجريدة من دوّن الكتب اذا جمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة و يروى أن عمر رضى الله تعالى عنه أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة و القضاة و أصله دوان بتشديد الواو فعوض من إحدى الواوين ياء لأنه يجمع على دواوين و لو كانت الياء اصيلة لقالوا دياوين و فسر المصنفّ الديوان بقوله و هو الخرائط جمع خريطة قال (١) الجوهريّ وعاء من الأدم و غيره يشرج علي ما فيها و السجلات جمع سجل (٢) و هو كتاب الحكم و قد سجل عليه القاضى أى حكم (و غيرها) أي غير السجلات من المحاضر (٣) و الصكوك و كتب نصب الاوصياء و القيم في أموال الوقف و تقدير النفقات (لأنها) أي السجلات و غيرها (وضعت فيها) أي في الخرائط (لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء) و هو القاضي المولّى لأنه يحتاج إلي

=> ابن السكيت لا غير (و يفتح) عن الكسائى و حكاها سيبويه (مجتمع الصحف) عن ابن السكيت (و) أيضا (الكتاب يكتب فيه أهل الجيش و أهل العطية) عن ابن الاثير و منه الحديث لا يجمعهم ديوان حافظ. قال الجوهرى أصله دوّان فعوض من احدى الواوين ياء لأنه (ج) أى يجمع على (دواوين) و لو كانت الياء أصلية لقالوا دياوين قال ابن برى (و) حكى ابن دريد و ابن جنى انه يقال (دياوين و قد دوّنه) تدوينا جمعه قال أبوعبيدة هو فارسى معرب و أورده الجواليقى في المعرب و كذا الخفاجي فى شفاء الغليل و قال الكسائى هو بالفتح لغة مولدة وقال سيبويه انما صحت الواو فى ديوان و ان كانت بعد الياء و لم تعتل كما اعتلت في سيد لأن الياء فى ديوان غير لازمة و انما هو فعال من دونت و الدليل على ذلك قولهم دويوين فدل ذلك على أنه فعال و انك انما أبدلت الواو بعد ذلك قال و من قال ديوان فهو عنده بمنزلة بيطار و قال الماوردى فى الاحكام السلطانية ان الديوان موضوع لحفظ ما تعلق بحقوق السلطنة من الاعمال و الاموال و من يقوم بها من الجيوش و العمال. قلت و ذكر غير واحد أنه انما سمى به لأن كسرى لما اطلع على الكتاب و معاملاتهم فى سرعة قال هذا عمل ديوان أى هذا عمل الجن فان ديو بالكسر الجن و الألف و النون علامة الجمع عندهم فبقى هذا اللقب هكذا و قال المناوى الديوان جريدة الحساب ثم أطلق على الحاسب ثم على موضعه و فى شفاء الغليل أطلق على الدفتر ثم قيل لكل كتاب و قد يخص بشعر شاعر معين مجازا حتى جآء حقيقة فيه فمعانيه خمسة الكتبة و محلهم و الدفتر و كل كتاب و مجموع الشعر. قلت و من أحد هذه المعانى سمى الحافظ الذهبيّ كتابه فى الضعفاء و المتروكين و هو عندى بخطه.

(١)قال الجوهريّ فى الصحاح مادة خرط ص١١٢٣ ج٣. (٢)سجل الخ. و فى المنجد: السجل ج سجلات: كتاب العهود //كتاب الاحكام// كتاب يكتب فيه القاضى صورة الدعاوى و الحكم فيها و صكوك المبايعات و نحوها لتبقى محفوظة عنده. (٣)المحاضر جمع محضر، و ذكر العلامة خسرو فى شرح الدرر و الغرر أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضى و ما جرى بينهما من الاقرار من المدعى عليه أو الانكار فيه و الحكم بالبينة أو النكول على وجه يرفع الاشتباه و كذا السجل و الصك ما كتب فيه البيع و الرهن و الاقرار و غيرها و الحجة و الوثيقة متناولان الثلاثة اه. و فى العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان فى الواقعة و بقى عند القاضى و ليس عليه خط القاضى و الحجة ما نقل من السجل من الواقعة و عليه علامة القاضى أعلاه و خط الشاهدين أسفله و أعطى للخصم كذا فى البحر.

ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر و كذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله و قد انتقل إلى المولّى و كذا إذا كان من مال القاضى هو الصحيح لأنه اتخذه تديناً لا تمولاً و يبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه و يسألانه شيئاً فشيئاً و يجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولّى و هذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام

معرفة ما فيها فكان له أخذها (ثم إن كان البياض) الذي كتب عليه السجلات و نحوها (من بيت المال فظاهر) أي يجبر المعزول على دفعه لأن ذلك إنما كان في يده لعمله و قد صار العمل لغيره فلا يترك في يده(و كذا) أى يجعل فى يد من له ولاية القضاء(اذا كان) أي البياض (من مال الخصوم) لأنه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تديناً لا تمولاً في الصحيح احترز به عما قاله بعض المشايخ رحمهم الله تعالى إذا كان البياض من ماله أو من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لأنه ملكه أو وهب له و في الصحيح يجبر (لأنهم وضعوها في يده لعمله و قد انتقل إلى المولّى) بتشديد اللام المفتوحة (و كذا) أي يجبر على الدفع (إذا كان) أي البياض (من مال القاضى هو الصحيح) إحترز به عن مثل ما مضى في الصورة الأولى (لأنه) أي لان القاضى المعزول (اتخذه تديناً) أي وضع عنده بطريق الديانة و الامانة (لا تمولاً) أي ما وضع عنده من حيث أن يتمول به (و يبعث) أي القاضى الجديد المولّى اثنين (أمينين ليقبضاها) أي الخرائط التي فيها السجلات و غيرها و الواحد يكفي و الإثنان أحوط (بحضرة) القاضي (المعزول أو أمينه) أي أو بحضرة الأمين من جهة المعزول (و يسألانه) أي يسألان المعزول (شيئاً فشيئاً) يعني واحدا بعد واحد (و يجعلان كل نوع منها) أي من السجلات (فى خريطة) مثل الصكوك في خريطة و النفقات في خريطة و كتب الأوقاف فى خريطة و نصب الاوصياء فى خريطة و كل نوع فى خريطة لأن هذه النسخ كانت تحت يد المعزول فلا يشتبه عليه شيء من ذلك حتى احتاج اليه بخلاف المولّى لأنه لا علم له بذلك فيجعل كل نوع في خريطة (كيلا يشتبه على المولّى) شيء من السجلات و غيرها (و هذا السؤال) أي سؤال أحوال الديوان و المحبوسين و سبب الحبس (لكشف الحال لا للالزام) لأن قول المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا و متى قبضا ذلك يختمان ذلك احترازاً عن الزيادة و النقصان و هذا ينبغي أن يكون في حق كل قاض كذا فى المحيط و أدب القاضي للصدر الشهيد و قال الكاكي قيل السؤال (١) بمعنى الاستعلام و هو يتعدى إلى المفعول

---

(١)السؤال بمعنى الاستعلام. أقول و لا يعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء أى يستعطيان القاضى المعزول =>

قال و ينظر في حال المحبوسين لأنه نصب

الثاني بعن و هنا قال يسألانه شيئاً فشيئاً بدون عن و اجيب بأن المفعول الثاني محذوف و تقديره و يسألان المعزول عن أحوال السجلات و غيرها و قوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله يسألانه أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها و نقل (١) الاكملّ جميع ما قاله شيخه الكاكيّ ثم قال و ليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول و الاولى أن يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله تبنيت له حسابه باباً باباً انتهى إنما قال بمعنى مفصلا لان من شرط الحال ان يكون من المشتقات (قال) اي القدوريّ (و ينظر في حال المحبوسين) اي ينظر القاضي الجديد في حال المحبوسين (٢) و في بعض النسخ في حال المحتبسين (لأنه) اي لأن القاضي الجديد (نصب

=> نوعا من الخرائط فنوعا آخر بعده مثلا يستعطيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك و على هذا هذا السؤال لكشف الحال أى الاستعطاء على هذا الوجه و يؤيد كونه بمعنى الاستعطاء قوله و من قلد القضاء يسأل ديوان القاضى فافهم كذا فى السعدية. (١)نقل الاكملّ فى العناية ص٣٦٦ ج٦. (٢)المحبوسين. و فى البحر و المراد المحبوس فى سجن القاضى فيبعث القاضى ثقة يحصيهم في السجن و يكتب اسماءهم و أخبارهم و سبب حبسهم و من حبسهم. و فى شرح أدب القضاء يجب على القاضى كتابة اسم المحبوس و أبيه و جده و ما حبس بسببه و تاريخه فاذا عزل بعث النسخة التى فيها أسماؤهم إلى المتولي لينظر فيها و أما المحبوس فى سجن الوالى فيجب على الامام النظر فى أحوالهم. و حاصل ما ذكره الامام أبويوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج أن من حبس من أهل الدعارة و التلصص و الجنايات و لا مال لهم أن نفقتهم فى بيت المال و كسوتهم و كذا أسراء المشركين و أن لا يبيت أحد فى قيد إلا رجل مطلوب بدم. و ينبغى أن يولى على هذا الأمر رجلا صالحا يثبت أسماءهم عنده و يدفع نفقتهم و أدمهم شهرا بشهر و يدعو كل رجل و يدفع إليه بيده و يعفهم عن الخروج فى السلاسل يتصدق عليهم فان هذا شيء عظيم و من مات منهم و لا ولى له و لا قرابة فان تجهيزه من بيت المال و أمر بالصلاة عليه و نظر فى أحوالهم كل أيام فمن كان عليه أدب أدب و أطلق و من لم يكن له قضية خلى سبيله الى آخر ما ذكره رحمه الله تعالى. اهـ. و فى المنحة على البحر: قوله: (و يكتب أسماءهم و أخبارهم الخ) قال فى النهر: و لا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم و ثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثانى في حبسهم لأن قوله لم يبق حجة كذا فى الفتح. و على هذا فما في شرح أدب القضاء يجب على القاضى كتابة اسم المحبوس الخ. يفيد أن النظر فى حالهم إنما هو في النسخة التي بعثها القاضي إليه فلا معنى لوجوب كتابة ما ذكر إذ لا أثر له يظهر اهـ. قلت: و رأيت فى شرح أدب القضاء للإمام حسام الدين عمر بن عبدالعزيز تعليل الوجوب بقوله لأنه ربما يحتاج إلى سماع البينة على الإفلاس بعد الحبس فلا بد أن يكون ذلك معلوماً للقاضي قال: ثم القاضي المقلد يأخذ هذه النسخة من القاضي المعزول أيضاً الخ. ثم قال بعده: و لا يلتفت إلى قول القاضي المعزول. فعلم أن وجوب كتابه ما ذكر لا لينظر الثاني فيه بل لحاجة الأول إليه و هي ما ذكر فله أثر ظاهر و معنى باهر بل له فوائد أخر ذكرها في شرح أدب القضاء أيضاً فى الباب الحادي و الثلاثين فى الحبس حيث قال: أما يكتب اسم المحبوس و نسبه فلأن الطالب ربما طالب القاضى بتسليم المحبوس إليه فلا بد أن يعرف القاضى اسمه و نسبه حتى يطالب السجان بتسليم ذلك إليه و التعريف إنما يحصل بالاسم و النسبة و إنما يكتب من حبس لأجله لأنه لو لم يكتب ربما جاء إنسان =>

ناظراً فمن اعترف بحق ألزمه إياه لان الإقرار ملزم و من أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة لأنه بالعزل التحق بالرعايا و شهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه فإن لم تقم لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه و ينظر في أمره لان

ناظراً) لأمور المسلمين (فمن اعترف بحق الزمه (١) إياه لأن الإقرار ملزم و من انكر لم يقبل قول المعزول عليه) اي القاضي المعزول عليه (إلا ببينة لأنه) اي لأن المعزول (بالعزل التحق بالرعايا و شهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت) اى الشهادة (على فعل نفسه) و به قال (٢) الشافعي و مالك رحمهما الله تعالى و قال احمد رحمه الله تعالى يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه امين الشرع و عند مالك رحمه الله تعالى لا يقبل قوله قبل العزل ايضاً إلا بحجة (فإن لم تقم) أى البينة (لم يعجل) أى القاضي (بتخليته حتى ينادى عليه) و صفته ان يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادى في محلته من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر ينادى كذلك اياما فإذا حضر أحد و ادعى عليه و هو على جحوده إبتدأ الحكم بينهما فلا يقبل قول المعزول و إن لم يحضر خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه إذ لعله محبوس بحق لغائب و قد قامت عليه أمارة و هو أنه فى حبس القاضي المعزول و الظاهر أنه بحق بخلاف فصل قسمة الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى حيث يؤخذ الكفيل هناك عنده على ما يجيء لأن في مسألة الميراث الحق ظاهرا لهذا الوارث و في ثبوت حق الآخر شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم اما ههنا الحق ثابت فيحمل فعل القاضى على الصلاح و لكنه مجهول فلا يكون اخذ الكفيل لامر موهوم و قيل اخذ الكفيل ههنا على الخلاف ايضاً و فى المحيط الصحيح ان أخذ الكفيل ههنا بالاتفاق (و ينظر في أمره لأن

=> آخر و ادعى أنه حبسه في دينه و يخرجه فيهرب من القاضي و الخصم الذي حبس لأجله غيره. و أما يكتب مقدار الحق الذي عليه فلأنه ربما جاء المحبوس بمال قليل و يقول للقاضي حبستني لهذا القدر من المال فيدفعه إلى القاضي و يهرب. و أما يكتب التاريخ فلأنه ربما احتاج إلى أن يسمع البينة على إفلاسه و انما يسمع بعد مدة فلا بد من أن يعرف هل انقضت تلك المدة و انما يعرف بالتاريخ اه. (١)ألزمه. و فى البحر و ليس المراد بقوله ألزمه الحكم عليه و إنما المراد ألزمه الحبس كما أشار اليه مسكينٌ أى أدام حبسه و يصح أن يرا د ألزمه بالحق و اليه يشير تقريره فى فتح القدير. و الظاهر عندى ما قاله مسكينٌ لأن الثانى لا يطرد في كل إقرار لأن المحبوس اذا أقر بسبب عقوبة خالصة كالزنا و شرب الخمر فقال انى أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات فى الزنا و لم يقم الحد علىّ فان القاضي لا يقيمه عليه لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل لكن يستقبل المولى الأمر فاذا أقر حده ثم بعد الحد يتأنى و ينادى عليه ثم يطلقه بكفيل بنفسه كذا فى شرح أدب القضاء للخصافّ اه. (٢)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير ص٣٦٧ ج٦. و راجع شرح الوجيز ص٤٤٤ ج١٢.

فعل القاضي المعزول حق ظاهراً فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير و ينظر في الودائع و ارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة و لا يقبل قول المعزول لما بيناه إلا أن يعترف الذي هي في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال

فعل القاضي المعزول حق ظاهراً) أي من حيث الظاهر (فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير) أي لا يعجل القاضي باطلاق المحبوس بل يتأنى و ينادي على المحبوس أياماً في مجلسه من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر و قال أبو محمد الناصحيّ في تهذيب أدب القاضي للخصافّ فإن قال واحد من المحبوسين حبست بغير حق و لم يحضر له خصم تأنى القاضي و نادى أياماً فإن لم يحضر له خصم أطلقه و أخذ منه كفيلا بنفسه و يطلقه فإن قال لا كفيل لي أو لا أعطي كفيلا فإنه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهراً ثم تركه لأن الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه إعطاء الكفيل و إنما طلبه القاضي به احتياطاً فإذا لم يعطه وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر فينادي عليه شهراً فإذا مضت المدة أطلق عنه كذا قاله الإمام الناصحيّ (و ينظر في الودائع (١) و ارتفاع (٢) الوقوف) أي التي وضعها المعزول في أيدي (٣) الأمناء (فيعمل فيه على ما تقوم به البينة (٤) أو يعترف به من هو في يده لأن كل ذلك) أي كل واحد من قيام البينة و اعتراف من هو في يده (حجة و لا يقبل قول المعزول لما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه بالعزل التحق بالرعايا إلى آخره (إلا أن يعترف الذي هي في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله) أي قول المعزول حينئذ (فيها) أي في الودائع و ارتفاع الأوقاف (لأنه ثبت بإقراره)أي باقرار ذي اليد (أن اليد كانت للقاضي) المعزول (فيصح إقرار القاضي) المعزول به (كأنه في يده في الحال) و لو كانت بيده عياناً صح إقراره به

---

(١)في الودائع أي ودائع اليتامى نهر كذا في الشامية. (٢)ارتفاع الوقوف. قيد بارتفاع الوقوف لأنه لا يعمل باقرار ذي اليد في أصل الوقف اذا جحده الورثة و لا بينة و قال المعزول إن هذا وقف فلان بن فلان سلمته إلى هذا و أقر ذو اليد و كذبه الورثة لم يقبل قول القاضي و ذو اليد و يكون ميراثا بين الورثة و تمامه في شرح أدب القضاء كذا في البحر. (٣)في أيدى الأمناء. و في فتح القدير و الذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدى جماعة يوليهم القاضى النظر أو المباشرة فيها و ودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم اه و في البحر: و قد انقطع هذا في زماننا فان (أموال الأوقاف تحت يد نظارها) و أموال اليتامى تحت يد الأوصياء و لم يول في زماننا أمين الحكم اه. (٤)البينة. و في البحر: قوله "بالبينة" شامل لما اذا شهدوا أنهم سمعوا القاضى قبل عزله يقول هذا المال لفلان اليتيم استودعته فلانا و كذا اذا شهدوا على بيعه مال اليتيم فانه يقبل و يؤخذ المال لمن ذكره و كذا لو مات الأول و استقضى غيره فشهد بذلك اه.

إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه و يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني و يسلم إلى المقر له من جهة القاضي قال و يجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء و بعض المقيمين و المسجد الجامع أولى لانه أشهر

فكذا إذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع (إلا إذا بدأ) استثناء من قوله فيقبل أي إلا إذا بدأ ذو اليد (بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي) إلى الغير من أقر له القاضي (فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه) أي لسبق حق المقر له الأول و هو الذي أقر له ذو اليد (و يضمن) أي ذو اليد (قيمته للقاضي بإقراره الثاني و يسلم إلى المقر له من جهة القاضي) و قال (١) الصدر الشهيدّ حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه: إما أن يقول دفعه إلى المعزول و قال هو لفلان بن فلان أو قال دفعه إلى المعزول و لا أدري لمن هو أو أنكر ما قاله المعزول أو قال دفعه إلى المعزول و هو لفلان آخر ففي الوجه الأول و الثاني يقبل قول المعزول و المال للمقر له لأن المال وصل إلى يده من جهة المعزول فكان المال في يد المعزول معنى و من في يده المال إذا أقر لإنسان يقبل فكذا هذا و في الوجه الثالث القول لصاحب اليد و في الوجه الرابع المسألة على وجهين إما إن بدأ صاحب اليد و قال دفعه إلى المعزول و هو لفلان آخر أو بدأ بالإقرار فقال هو المال لفلان بن فلان غير الذي أقر له المعزول ثم قال دفعه إلى المعزول ففي الوجه الأول القول قول المعزول و يؤمر بالدفع إلى من أقر له المعزول و في الوجه الثاني يؤمر بالدفع إلى من أقر له و يضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال أو قيمته ان كان قيميا للمعزول ثم يسلمه المعزول إلى من أقر له (قال) أي القدوريّ (و يجلس) أي القاضي (للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء) جمع غريب (و بعض المقيمين) الذين ليس لهم اختلاط بالقضاء (و المسجد الجامع اولى لأنه أشهر) أي أشهر المواضع و قال فخر الاسلامّ هذا إذا كان الجامع في وسطِ البلد و لو

(١) قال الصدر الشهيدّ الخ. و في البحر: و الحاصل أن المسألة على وجوه خمسة: الأول أن يقر بأنه سلمها اليه و مع ذلك يقر بها لغيره فاذا بدأ ذو اليد بالاقرار للغير ثم بتسليم القاضي فأقر القاضي بأنها لآخر و حكمه أن تسلم العين للمقر له الأول و يضمن المقر قيمته ان كان قيميا أو مثله إن مثليا للقاضي باقراره الثاني فيسلمها لمن أقر له القاضي. الثاني أن ينكر التسليم و حكمه أن لا يقبل قول المعزول. الثالث أن يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به للغير عكس الأول و حكمه عدم قبول الثاني. الرابع أن يبدأ بالاقرار بتسليم القاضي ثم يقول لا أدرى لمن هو و حكمه قبول قول القاضي. الخامس أن يقر بأنه تسلمه من القاضي و صدق القاضي أيضا أنها لفلان فيقبل قولهما و يدفع إلى القاضي ليدفعه إلى فلان فلم يعمل بقوله في وجه و عمل به في الأربعة.

و قال الشافعي رحمه الله تعالى يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك و هو نجس بالنص و الحائض و هي ممنوعة عن دخوله و لنا قوله عليه الصلاة و السلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى و الحكم و كان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه

كان في طرف البلد يختار مسجداً في وسط البلد كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب إلى طرف البلد و يختار مسجد السوق لأنه أشهر و في المبسوط (١) أحب إليّ أن يقضي حيث تقام جماعة الناس يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات لأن ذلك يكون أبعد عن التهمة و به (٢) قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و في وجيز (٣) الشافعية يكره أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء و قال في خلاصة الفتاوى (٤) و افضل ما يجلس في المسجد الجامع و في مسجد حيه أو بيته لا بأس به عندنا (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أي لأن القاضي (يحضره المشرك) للدعوى (و هو نجس بالنص) و هو قوله تعالى ﴿إنما المشركون نجس﴾ (و الحائض) أي و يحضره الحائض (و هي) أي الحائض (ممنوعة عن دخوله) أي دخول المسجد (و لنا قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى و الحكم) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب (٥) و رواه (٦) مسلمٌ ليس فيه الحكم رواه في الطهارة من حديث أنس رضي الله تعالى عنه مطولاً و في آخره إنما هي لذكر الله تعالى و الصلاة و قراءة القرآن أي المساجد (و كان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه) فيه أحاديث

(١)المبسوط للسرخسيّ ص٨٢ ج١٦. (٢)و به قال مالك الخ. و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٣٨٨ ج١١. لا يكره القضاء في المساجد فعل ذلك شريح و الحسن و الشعبي و محارب بن دثار و يحيى بن يعمر و ابن أبي ليلى و ابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز رحمهم الله تعالى و روى عن عمر و عثمان و علي رضي الله تعالى عنهم أنهم كانوا يقضون في المسجد و قال مالكٌ القضاء في المسجد من أمر الناس القديم و به قال مالك و اسحاق و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و قال يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده في المسجد اه. و في شرح الوجيز للرافعي الشافعيّ ص٤٦٠ ج١٢. المستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء و هل يكره اتخاذه مجلسا فيه وجهان: أحدهما لا و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و كذلك أبو حنيفة رحمه الله تعالى في إحدى الروايتين و أصحهما نعم اه. و في إعلاء السنن للعثماني الحنفيّ ص٥٥ ج١٥. أقول: لا خلاف في جواز القضاء في المسجد و انما الخلاف في الجلوس للقضاء في المسجد و بينهما فرق لا يخفى فاستحسنه أبو حنيفة رحمه الله تعالى و كرهه الشافعي رحمه الله تعالى اه. (٣)وجيز الشافعية مع العزيز ص٤٥٩ ج١٢. (٤)خلاصة الفتاوى ص٩ ج٤. (٥)غريب كذا في نصب الراية. (٦)رواه مسلمٌ في الطهارة باب وجوب غسل البول و غيره الخ ص١٣٨ ج١.

و كذا الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات و لان القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة و نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله و الحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها و بين خصمها كما إذا كانت

منها ما أخرجه (١) البخاري و مسلم رحمهما الله تعالى عن سهل بن سعد رضى الله تعالى عنه في قصة اللعان أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا إلى أن قال فتلاعنا في المسجد و أنا شاهد و منها ما اخرجه (٢) الطبرانيّ في معجمه من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه فقال يا رسول الله أقم عليّ الحد الحديث و فيه فاجلدوه مائة جلدة و لم يكن تزوج (و كذا الخلفاء الراشدون رضى الله تعالى عنهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات) هذا حديث غريب (٣) و في صحيح (٤) البخارى في باب من قضى و لاعن في المسجد و لاعن عمر رضى الله تعالى عنه في المسجد عند منبر النبى ﷺ و قضى مروان على زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه باليمين عند منبر النبى ﷺ و قضى شريح و الشعبي و يحيى بن يعمر رحمهم الله تعالى (و لأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة و نجاسة المشرك في اعتقاده) هذا جواب عن دليل الشافعي رحمه الله تعالى و تقريره نجاسة المشرك في اعتقاده الباطن فإنه ثبت أن النبى ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد (لا في ظاهره) أي لا نجاسة في ظاهره (فلا يمنع من دخوله) إذ لا يصيب الارض منه شيء (و الحائض تخبر بحالها فيخرج القاضى اليها أو إلى باب المسجد أو يبعث) أي القاضي (من يفصل بينها) أي بين الحائض (و بين خصمها كما إذا كانت

---

(١) أخرجه البخاريّ في الطلاق باب التلاعن في المسجد ص ٨٠٠ ج٢ و مسلمٌ في اللعان ص٤٨٨ ج١ . (٢) أخرجه الطبرانيّ الخ. كذا في نصب الراية ص ٧١ ج ٤ . أقول و منها ما أخرجه البخاريّ في الصلاة باب التقاضى و الملازمة في المسجد عن كعب رضى الله تعالى عنه أنه تقاضى ابن أبى حدرد دينا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله ﷺ و هو في بيته فخرج اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب قال لبيك يا رسول الله قال ضع من دينك هذا و أومأ اليه أى الشطر قال لقد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه و رواه أيضا في الصلاة باب رفع الصوت ص٦٧ ج١ و في الخصومات باب في الملازمة ص٣٢٧ ج١ و في الصلح باب هل يشير الامام بالصلح ص٣٧٣ ج١ و باب الصلح بالدين و العين ص٣٧٤ ج١ و رواه مسلمٌ في البيوع باب استحباب الوضع من الدين ص١٦ ج٢ و أبوداودٌ في القضاء باب في الصلح ص١٤٩ ج٢ و النسائيّ في أدب القضاء (باب) اشارة الحاكم على الخصم بالصلح ص٣٠٩ ج٢ و ابن ماجةً في الصدقات باب الحبس في الدين و الملازمة ص١٧٧ . (٣) غريب كذا في نصب الراية . (٤) صحيح البخارى كتاب الاحكام باب من قضى و لاعن في المسجد ص١٠٦٢ ج٢ .

الخصومة في الدابة و لو جلس في داره لا بأس به و يأذن للناس بالدخول فيها و يجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة قال و لا يقبل هدية

الخصومة في الدابة) فإن (١) قيل يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا بأس بدخولها (و لو جلس) أي القاضي (في داره لا بأس به) ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم و قال شمس الأئمة السرخسيّ و إن اختار أن يجلس في داره فله ذلك بشرط أن لا يمنع أحداً من الدخول عليه لأن لكل أحد حقاً في مجلسه (و يأذن للناس بالدخول فيها) أي في داره (و يجلس معه من كان يجلس) معه (قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة) أي تهمة الظلم و الرشوة و قد روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم و يستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء و يشاورهم لما روي ان الخلفاء الرشدين رضي الله تعالى عنهم كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف و معاذ بن جبل و أبي بن كعب و زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم و كان أبوبكر رضي الله تعالى عنه يحضر عمر و عثمان و علي أيضاً رضي الله تعالى عنهم حتى قال أحمد رحمه الله تعالى يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب و يشاورهم فيما يشكل عليه (قال) أي القدوريّ (و لا يقبل) اى القاضي (هدية) (٢) الأصل في هذا الباب ما قاله في المبسوط (٣) الهدية في الشرع مندوب اليه قال ﷺ نعم الشيء الهدية إذا دخلت الباب ضحكت الأسكفة و قال عليه الصلاة و السلام الهدية تذهب وجر الصدر أو وعر الصدر و قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا و لكن هذا في حق من لم يتعين لعمل من أعمال المسلين فأما من تعين لذلك كالقاضي و الوالي فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصاً ممن كان لا يهدي اليه قبل ذلك لأنه من جوالب القضاء و هو نوع من الرشوة و السحت و قال (٤) مسروقٌ اذا قبض القاضي الهدية أكل السحت و إذا قبل الرشوة بلغت به الكفر و روى (٥) البخاريّ بإسناده عن أبي حميد الساعدى رضي الله تعالى عنه

---

(١)فان قيل الخ. كذا فى العناية ص٣٧٠ ج٦. (٢)هدية. قال فى البحر: و ذكر الهدية ليس احترازيا اذ يحرم عليه الاستقراض و الاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما فى الخانية اه. قلت و مقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات فتحرم المحاباة أيضا و لذا قالوا له أخذ أجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل فان مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لأنها محاباة و على هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشيء يسير أو بيع الصك بشيء كثير لا يحل و كذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة أو سكينا أو نحو ذلك لا يحل لأنه اذا حرم الاستقراض و الاستعارة فهذا أولى كذا فى الشامية. (٣)المبسوط للسرخسيّ ص٨٢ ج١٦. (٤)قال مسروقٌ الخ. كذا فى المغنى ص٤٣٦ ج١١. (٥)روى البخاريّ فى الأحكام باب هدايا العمال ص١٠٦٤ ج٢. =>

إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم و الثاني ليس للقضاء بل جري على العادة و فيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته و كذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه

قال استعمل النبى ﷺ رجلا من بنى اسد يقال له ابن اللتبية على صدقة فلما قدم قال هذا لكم و هذا أهدي لي فقام النبى ﷺ على المنبر فحمد الله و أثنى عليه ثم قال ما بال العامل نبعثه فيأتي فيقول هذا لك و هذا لى فهلا جلس فى بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى له أم لا اه و استعمل عمر رضى الله تعالى عنه أبا هريرة رضى الله تعالى عنه فقدم بمال فقال من أين لك هذا قال تناتجت الخيول و تلاحقت الهدايا فقال أى عدو الله هل قعدت في بيتك فتنظر أيهدى اليك أم لا فأخذ ذلك منه و جعله في بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة فلا يقبل القاضى الهدية (إلا من ذى رحم محرم) منه (أو ممن (١) جرت عادته قبل القضاء) أي قبل أن يصير المهدى إليه قاضياً (بمهاداته لأن الأول صلة الرحم و الثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة و فيما وراء ذلك) أى فيما وراء الأول و الثاني (يصير آكلاً بقضائه) و الأكل بالقضاء حرام و سحت (حتى لو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته و كذا) أى لا يقبل القاضى هدية (إذا (٢) زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه) اى يحترز عنه و لا يأخذه ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه اختلف المشايخ فيه قيل يضعها في بيت المال كما مر

=> و مسلم فى الأمارة باب تحريم هدايا العمال ص١٢٣ ج٢ و أبوداود فى الخراج باب في هدايا العمال ص٥٣ ج٢. (١)أو ممن جرت عادته الخ. قال فى الأشباه و لم أر بماذا تثبت العادة و نقل الحموى عن بعضهم أنها تثبت بمرة. ثم ان ظاهر العطف أن قبولها من ذى رحم محرم منه غير مقيد بجرى العادة منه وهو ظاهر إطلاق القدورى و الهداية و فى النهاية عن شيخ الاسلام أنه قيد فيه أيضا و تمامه فى النهر كذا فى الشامية. (٢)اذا زاد الخ. و ذكر فخر الاسلام إلا أن يكون مال المهدى قد زاد فبقدر ما زاد ماله اذا زاد فى الهدية لا بأس بقبولها كذا فى الفتح قال فى الاشباه و ظاهر كلامه أنه زاد فى القدر فلو فى المعنى كأن كانت عادته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوبا حريرا لم أره لأصحابنا و ينبغي وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد فى قيمته لعدم تمييزها و نظر فيه فى حواشى الاشباه (تنبيه) فى الفتح و يجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اه قال فى البحر و هو سهو و المنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطا مطلقا اه و أجاب المقدسى بأن كلام المحقق فى الفتح مبنى على مقتضى الدليل كذا فى الشامية.

و لا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة و يدخل في هذا الجواب قريبه و هو قولهما و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجيبه

من قضية عمر رضى الله تعالى و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و عامة المشايخ رحمهم الله تعالى قالوا يردها على أربابها إن عرفهم و به قال الشافعي رحمه الله تعالى فى وجه آخر أشار إليه محمد رحمه الله تعالى فى السير الكبير و إن لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد عليهم حكمها حكم اللقطة يضعها فى بيت المال لأنه أخذها لعمله و في عمله نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين (و لا يحضر) أي القاضى (دعوة (٢) الا أن تكون عامة لأن الخاصة) أى الدعوة الخاصة تكون (لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة) أى الدعوة العامة فانها لا تكون للقضاء قال (٣) أبو علي النسفى دعوة العرس و الختان عامة و ما سوى ذلك خاصة و قيل فى الحد الفاصل إذا جاوز العشرة فهي عامة و يجيء الآن ما قاله المصنفُ (و يدخل في هذا الجواب) أي إطلاق قول القدوريّ و لا يحضر دعوة أى الدعوة الخاصة (قريبه) أي قريب القاضي (و هو قولهما) اى قول أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجيبه)اى القاضى يجيب قريبه في الدعوة الخاصة هكذا حكى الخلاف الطحاويّ

(١)و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى شرح الوجيز للرافعي الشافعيّ ص٤٦٧ ج١٢. و أما الهدايا فالأولى أن يسد الباب و لا يقبلها لأنه أبعد عن التهمة ثم ينظر فان كان للمهدى خصومة في الحال حرم قبول هديته لأنه يدعو إلى الميل اليه و ينكسر به قلب خصمه و ان لم يكن له خصومة فان لم يعهد منه الهدية قبل تولى القضاء حرم قبول هديته في محل ولايته لأن هذه هدية سببها العمل ظاهرا و هديته فى غير محل ولايته كهدية من لم يعهد منه الهدية قبل تولّى القضاء لقرابة أو صداقة و لا يحرم قبولها لأنها ليست حادثة بسبب العمل و حكى صاحب الشاملِ: أن بعض الأصحابِ حكم بتحريمه و هو قضية ما أطلقه الماورديّ فان زاد المهدى على القدر المعهود صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية. و حيث حكمنا: أن القبول ليس بحرام فله الأخذ و التملك فالأولى أن يثيب عليها أو يضعها فى بيت المال و اذا قلنا بالتحريم فلو قيل: هل يملك؟ فيه وجهان: أحدهما: و يحكى عن صاحب التقريبِ نعم لوجود التمليك و القبول و أشبههما: لا لأنه قبول محرم فلا يفيد الملك و ذكر العراقيونَ تفريعا على أنه لا يجوز القبول وجهين أو قولين فيما يصنع بها لو قبل: أحدهما: أنه يضعها فى بيت المال. و الثانى: يردها على مالكها و هذا فيه إضطراب و القياس ما حكاه أبو الفرج الزازّ و هو أنه اذا لم يملك ردها على مالكها فان لم يعرفه وضعها فى بيت المال اه. و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص٤٣٨ ج١١. فان ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها فعليه ردها إلى اربابها لأنه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد و يحتمل أن يجعلها فى بيت المال لأن النبى ﷺ لم يأمر ابن اللتبية رضى الله تعالى عنه بردها على اربابها اه. (٢)دعوة. و فى الشامية: الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب و بعضهم بكسرها كما فى المصباح. (٣)قال ابو على النسفىّ الخ. و قال المحقق فى فتح القدير: عندى أنه حسن لأن الغالب أن العامة هاتان و ربما مضى عمر و لم نعرف من =>

و إن كانت خاصة كالهدية و الخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها

و ذكر الخصاف يجيب الدعوة الخاصة لقريبه بلا خلاف لأن إجابة دعوته صلة للرحم و عند (١) الشافعي رحمه الله تعالى يحضر الولائم لغير الخصم و به قال أحمد رحمه الله تعالى وقال مالك رحمه الله تعالى لايحضر الخاصة و يحضر العامة إن شاء و تركها أفضل إن كانت وليمة النكاح و لغير النكاح كره ذكره في الجواهر و في الحلية اختلف أصحابنا فيمن ولي أمراً من أمور المسلمين كالقضاة و الأئمة في حضور الولائم على ثلاثة أوجه أحدها أنه كغيرهم و الثاني أنه سقط فرض الإجابة و الثالث ان كان مرتزقاً لم يحضر و الا يحضر (و ان كانت خاصة) واصل بما قبله أى و ان كانت الدعوة خاصة يجيب لقريبه (كالهدية) (٢) أى كما في الهدية حيث يجوز له أخذها من قريبه ثم أشار الى تعريف الدعوة الخاصة بقوله (و الخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) إيضاح ذلك أن صاحب الدعوة ان كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضرها لا يمتنع من اتخاذ الدعوة فإن القاضي لا يجيب هذه الدعوة فهذه دعوة عامة و إن كان بحال لو علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي يمتنع و لا يتخذ الدعوة فهذه دعوة خاصة فلا يجيبها القاضي لأنها اتخذت له فإذا حضرها كان آكلا بقضائه و ذكر صدر الإسلام أبو اليسر إذا كانت الدعوة عامة و المضيف خصم فينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته و إن كانت عامة

=> اصطنع طعاما عاما ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس أو لكونه أضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضى لم يصنع أو يصنع غير محقق فانه أمر مبطن و ان كان عليه لوائح ليس كضبط هذا و تكفى عادة الناس فى ذلك و عادة الناس هى ما ذكر النسفى اه و قال العلامة ابن نجيم فى البحر: و عندى أنه ليس بحسن لأن العامة عرفا لا تنحصر فى هاتين لأن العقيقة كذلك و كذا طعام القدوم من سفر الحج و فى زماننا يصنع طعام عام فى العيدين فالمعتمد ما فى الهداية. و فى السراج الوهاج أنه أصح ما قيل فى تفسيرها اه. و اختاره شمس الأئمة السرخسى كما فى المعراج. و فى الخلاصة و هو الصحيح و جزم به قاضى خان فى فتاواه بقوله: و انما يعرف الخاص من العام إلى آخره. و لم يحك غيره فما قاله النسفى ليس بضابط فضلا عن كونه أضبط و كونها لا يعملها إلا لأجل القاضى ليس يخفى و بعضه يعلم بالتصريح و بعضه يعلم بالقرائن كالصريح

(١)و عند الشافعي رحمه الله تعالى الخ. و فى فتح القدير و عند الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى يحضر الولائم مطلقا لأنه ﷺ كان يحضر و هو الذي كان يقضى قلنا كان النبى ﷺ معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور و لا قبول هدية فلقد أبعدت اه. (٢)كالهدية. ظاهر ما فى الفتح اعتماد قول محمد رحمه الله تعالى فانه قال بعد كلام فقد آل الحال الى انه لا فرق بين القريب و الغريب فى الهدية و الضيافة و كذا قال فى البحر: الاحسن أن يقال و لا يقبل هدية و دعوة خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة فان للقاضى أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبى له عادة باتخاذها كالهدية فلو كان من عادته الدعوة له كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه و لو اتخذ له طعاما اكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد كذا فى التتارخانية.

قال و يشهد الجنازة و يعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة و السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق و عد منها هذين و لا يضيف أحد الخصمين دون خصمه لان النبى عليه الصلاة و السلام نهى عن ذلك و لان فيه تهمة قال و اذا حضرا سوى بينهما في الجلوس و الإقبال

لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة (قال) أي القدوريّ في مختصره (و يشهد) أي القاضي (الجنازة و يعود (١) المريض لأن ذلك) أي المذكور من شهود الجنازة و عيادة المريض (من حقوق المسلمين) لأنه أمر مندوب اليه و ليس فيه تهمة أيضاً (قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبى ﷺ (للمسلم على المسلم ستة حقوق) الحديث رواه (٢) مسلمٌ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال حق المسلم على المسلم ست ما هن يا رسول الله قال إذا لقيته فسلم و إذا دعاك فأجب و إذا استنصحك فانصح له و إذا عطس فحمد الله فشمته و اذا مرض فعده و إذا مات فاتبعه و في رواية أخرى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال رسول الله ﷺ خمس يجب للمسلم على أخيه رد السلام و تشميت العاطس و إجابة الدعوة و عيادة المريض و اتباع الجنائز (وعد منها) أي من الست (هذين) و هما شهادة الجنازة و عيادة المريض (و لا يضيف أحد الخصمين دون خصمه لأن النبى ﷺ نهى عن ذلك) الحديث رواه (٣) الطبرانيّ في معجمه الأوسط عن علي رضى الله تعالى عنه قال نهى النبى ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر (و لأن فيه تهمة) أي تهمة الميل (قال) اي القدوريّ (و إذا حضرا) أي الخصمان (٤) (سوى بينهما في (٥) الجلوس و الإقبال) أراد بالإقبالتسوية النظر من الجانبين و

---

(١)يعود المريض إلا أنه لا يطيل المكث عنده كما في البحر (٢)رواه مسلمٌ في الآداب باب من حق المسلم للمسلم رد السلام ص٢١٣ ج٢ و البخاريّ في الجنائز باب الأمر باتباع الجنائز ص١٦٥ ج١. (٣)رواه الطبرانيّ الخ. كذا في نصب الراية ص٧٣ ج٤. و فيه ايضا قال الطبرانيّ: تفرد به محمد بن عبد العزيز الواسطي و رواه اسحاق بن راهويهٌ في مسنده أخبرنا محمد بن الفضل عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن قال: جآء رجل فنزل على عليّ رضى الله تعالى عنه فأضافه فلما قال له: إني أريد أن أخاصم فقال له على رضى الله تعالى عنه: تحول فان النبى ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا و معه خصمه انتهى. و رواه عبد الرزاقّ في مصنفه حدثنا يحيى بن العلاء عن اسماعيل بن مسلم به و رواه الدار قطنيّ فى كتاب المؤتلف و المختلف عن جارية بن هرم أبى الشيخ الفقيمي عن اسماعيل بن مسلم به اه (٤)الخصمان. إطلاقه يعم الصغير و الكبير و الخليفة و الرعية و الدنئ و الشريف و الأب و الابن و المسلم و الكافر كذا فى الشامية. (٥)فى الجلوس. قيد بالجلوس لأنه لا يجب عليه التسوية بينهما بالقلب و ان كان أفضل فقد حكي فى الولوالجية أن أبايوسف رحمه الله تعالى وقت موته قال: اللهم إنك تعلم انى لم أمل الى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا فى خصومة نصرانى مع الرشيد لم أسو بينهما و قضيت على الرشيد ثم بكى. =>

لقوله عليه الصلاة و السلام اذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس و الإشارة و النظر

كتب عمر رضى الله تعالى عنه إلى أبى موسى رضى الله تعالى عنه سوّ بين الناس فى وجهك و مجلسك و عدلك و المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه و لا يجلس أحدهما على يساره و الآخر على يمينه لأن لليمين فضلاً على اليسار و في المغني و النوازل و الفتاوى الكبرى خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه و يجلس خصم السلطان فيه و يقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلا أحدهما و هذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي قلده و الدليل عليه قصة عليّ رضى الله تعالى عنه عند شريحٌ فإن شريحاً قام عن مجلسه و أجلس علياً رضى الله تعالى عنه في مجلسه و قال المرغينانيٌ و ينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي و لا يتربعان و لا يقعيان و لو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما للعلم و يقف (١) أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب في أعين الناظرين (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبى ﷺ (إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس و الإشارة و النظر) الحديث رواه (٢) اسحاق بن راهويهٌ فى مسنده عن أم سلمة رضى الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليساو بينهم في المجلس و الإشارة و النظر

=> و مما حكى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن خادما من اكبر خدام الخليفة جآء مع خصمه للدعوى فترافع على خصمه فأمره أبو يوسف رحمه الله تعالى بالمساواة فلم يمتثل فقال القفا يا غلام ائتنى بعمر و النخاس يبيع هذا الخادم و أرسل ثمنه إلى أمير المؤمنين فاستوى و انقضت الدعوى فذهب الخادم إلى الخليفة و قص عليه ما جرى و بكى بكاء شديدا فقال له: لو باعك لأجزت بيعه و لم أرذك إلى ملكي رحمه الله تعالى كذا فى البحر. (١)و يقف أعوان الخ. و فى الشامية و أما قيام الأخصام بين يديه فليس معروفا و انما حدث لما فيه من الحاجة اليه و الناس مختلفو الأحوال و الأدب و قد حدث فى هذا الزمان أمور و سفهاء فيعمل القاضي بمقتضى الحال كذا فى الفتح يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه و منهم من يستحق فيعطى كل انسان ما يستحقه. بقى ما لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر و أبى الآخر إلا القيام لم أر المسألة و قياس ما فى الفتح أن القاضي لا يلتفت اليه نهر.

(٢)رواه اسحاق بن راهويهٌ فى مسنده أخبرنا بقية بن الوليد عن اسماعيل بن عياش حدثنى ابوبكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة رضى الله تعالى عنه الحديث. و بهذا السند و المتن رواه الطبرانيٌ فى معجمه كذا فى نصب الراية ص ٧٤ ج ٤. أقول و أخرجه الدارقطني فى سننه فى الأقضية ص ٢٠٥ ج ٤. عن عباد بن كثير عن أبى عبدالله عن عطاء بن يسار عن ام سلمة رضى الله تعالى عنه قالت قال رسول الله ﷺ من ابتلى بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم فى لحظه و إشارته و مقعده انتهى. قال الحافظٌ فى الميزان و التهذيب: أبو عبدالله المصرى مولى اسماعيل بن عبيد عن عطاء بن يسار و عنه بكر بن سوادة مجهول من السادسة اه.

و لا يسار أحدهما و لا يشير اليه و لا يلقنه حجة للتهمة و لان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه و لا يضحك في وجه أحدهما لانه يجترئ على خصمه و لا يمازحهم و لا واحداً منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال و يكره تلقين الشاهد و معناه أن يقول له أتشهد بكذا و كذا و هذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم و استحسنه أبويوسف رحمه الله تعالى في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق

و لا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر (قال) أي القدوري (و لا يسار أحدهما) يعني لا يتكلم مع أحدهما سراً (و لا يشير اليه) لا بالرأس و لا بالعين و لا بالحاجب و كل ذلك منهي شرعاً (و لا يلقنه حجة للتهمة) أي تهمة الميل و لأن فيه إعانة لأحد الخصمين و كسر قلب الآخر و هو معنى قوله (و لأنه فيه مكسرة لقلب الآخر) المكسرة بفتح الميم مصدر ميمي بمعنى الكسر (فيترك حقه) لأنه يتجنب عن طلب حقه فيترك حقه (و لا يضحك) أي القاضي (في وجه أحدهما) أي أحد الخصمين (لأنه يجترئ على خصمه) بسبب ضحك القاضي في وجهه (و لا يمازحهم) أي الأخصام (١) (و لا واحداً منهم) أي و لا يمازح واحداً من الأخصام (لأنه) لأن مزح القاضي (يذهب بمهابة القضاء) و لهذا قالوا ينبغي أن يكون القاضي عبوساً متواضعاً في افعاله و في الجواهر يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و يكره تلقين (٢) الشاهد و معناه) أي معنى ما قال محمد رحمه الله تعالى من كراهة تلقين الشاهد (أن يقول له) أي أن يقول القاضي للشاهد (أتشهد بكذا و كذا و هذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم) حيث يكره (و استحسنه) أي تلقين الشاهد (أبويوسف رحمه الله تعالى في غير موضع تهمة لأن الشاهد قد يحصر) أي ينحبس لسانه عن البيان (لمهابة مجلس القاضي فكان تلقينه إحياء للحق) و قيد بقوله في غير موضع التهمة لأن في موضع التهمة لا يجوز ذلك مثل أن يدعي المدعي الفاً و خمسمائة و المدعي عليه ينكر الخمسمائة و شهد الشاهد بالألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة و استفاد الشاهد بذلك فوفق به علماً في شهادته كما في وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق و تأخير (٣) قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يشير إلى أنه

(١)الأخصام. و في المنجد: الخصم (بالفتح فالسكون) ج خصوم (بالضم) و خصام (بالكسر): المخاصم و المنازع. و قد يجيئ للاثنين و الجمع و المؤنث فيقال هما و هم و هي خصمي. و العامة تجمع خصم على أخصام.
(٢)تلقين الشاهد. قيد بالشاهد لبيان أنه لا يلقن المدعي بالأولى. و في الخانية: و لو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى و الخصومة فلا بأس به خصوصا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في البحر (٣)تاخير الخ. نحوه في فتح القدير ص٣٧٥ ج٦. و في القنية من باب المفتي: و الفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى =>

بمنزلة الإشخاص و التكفيل

فصل في الحبس

مختار المصنف رحمه الله تعالى (بمنزلة الإشخاص) و هو إرسال شخص ليحضر خصمه و يقال شخص من بلد الى بلد شخوصاً أي ذهب من حد منع و أشخصه غيره (و التكفيل) و هو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك من جنس إعانة أحد الخصمين.

(فصل فى الحبس)

أي هذا فصل فى بيان أحكام الحبس (١) و لما كان الحبس من انواع حكم القاضى ذكره في فصل على حدة و هو مشروع بالكتاب و هو قوله تعالى ﴿أو (٢) ينفوا من الأرض﴾ فإن المراد به الحبس و بالسنة (٣) و هو ما روى أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة غير أنه لم يكن في زمن النبى ﷺ و أبي بكر و عمر و عثمان رضى الله تعالى عنهم سجن و كان يحبس فى المسجد أو الدهليز حيث امكن و لما كان زمن علي رضى الله تعالى عنه أحدث السجن بناه من قصب و سماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجناً من مدر (٤) فسماه مخيسا و فى ذلك يقول على رضى الله تعالى عنه: ألا تراني كيسا مكيسا- بنيت بعد نافع مخيسا- باب حصينا و أمينا كيسا رواه الزمخشريّ في الفائق و المخيس موضع التخييس و هو التذليل و الكيس (٥) حسن التاني في الأمور و المكيس المنسوب إلى الكيس المعروف به و أميناً أراد و نصبت أمينا يعنى السجان كذا في الفائق و قال الكاكيّ و في زمن النبى ﷺ و أبي بكر رضى الله تعالى عنه لم يكن سجن حتى

=> فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته و كذا فى البزازية من القضاء و التلقين أن يقول له القاضي كلاما يستفيد به علما اه كذا في البحر (قوله لزيادة تجربته): أقول إن محمدا رحمه الله تعالى تولّى القضاء أيضا و ذكر عبد القادرّ فى طبقاته أن الرشيد ولّاه قضاء الرقة ثم عزله و ولّاه قضاء الرى اه و الظاهر أن مدته لم تطل و لهذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف رحمه الله تعالى فلم يحصل له من التجربة ما حصل لأبى يوسف رحمه الله تعالى لأنه كان قاضي المشرق و المغرب و زيادة التجربة تفيد زيادة علم. قال الحمويّ قال مجد الأئمة الترجمانيّ و الذى يؤيده ما ذكره فى الفتاوى أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان يقول الصدقة أفضل من حج التطوع فلما حج و عرف مشاقه رجع و قال الحج أفضل اه كذا فى الشامية. (١)الحبس و هو في اللغة المنع و هو مصدر حبسه من باب ضرب ثم أطلق على الموضع و جمع على حبوس مثل فلس و فلوس كذا فى المصباح. (٢)أو ينفوا الآية. المائدة: ٣٣. (٣)و بالسنة الخ. زاد الزيلعيّ و الاجماع لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا عليه كذا فى الشامية. (٤)مدر بالتحريك قطع الطين اليابس و الحجارة كما فى القاموس. (٥)الكيس و زان فلس الظرف و الفطنة و قال ابن الاعرابى العقل و يقال انه مخفف من كيس مثل هين و هين و الأول أصح لأنه مصدر من كاس كيسا من باب باع و أما المثقل فاسم فاعل و الجمع أكياس مثل جيد و أجياد كذا فى المصباح.

قال و إذا ثبت الحق عند القاضي و طلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه و أمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها و هذا

اشترى عمر رضى الله تعالى عنه داراً بالمدينة بأربعة آلاف درهم و اتخذه محبساً (قال) أي القدوري (و إذا ثبت الحق عند القاضي و طلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه و أمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها) أي ظهور المماطلة لقوله عليه الصلاة و السلام مطل الغني ظلم فاستحق الحبس و المال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم و ما دونه لأن مانع ذلك ظالم فيجازي به و المحبوس (١) في الدين لا يخرج لمجيء رمضان و الفطر و الأضحى و الجمعة و صلاة مكتوبة و حجة فريضة و حضور جنازة بعض أهله و موت والده و ولده إذا كان من يكفنه و يغسله بخلاف ما إذا لم يكن لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين و قيل يخرج بكفيله لجنازة الوالدين و الأجداد و الجدات و الأولاد و في غيرهم لا و عليه (٢) الفتوى و إن (٣) مرض و له خادم لا يخرج و إلا يخرج لأنه ربما يموت بسببه و هو ليس بمستحق عليه و لو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته و جاريته فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد و قيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام و لا يمنع من دخول اهله و جيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين و يمنعون من طول المكث عنده (و هذا) أي

(١)و المحبوس الخ. كذا في العناية و في البحر و لا يضرب المديون و لا يقيد و لا يغل و لا يجرد و لا يؤاجر و لا يقام بين يدى صاحب الحق إهانة. و في المنتقى: اذا خاف فراره قيده كذا في البزازية. و فيها: اذا خيف أنه يفر من السجن يحول إلى سجن اللصوص. و اذا جلس المحبوس في السجن متعنتا لا يوفي المال قال الامام الأرسانيدي: يطين الباب و يترك له ثقبة يلقى منها المآء و الخبز و قال القاضي الرأى فيه إلى القاضي اه. و في الخانية: اذا كان للمحبوس ديون على الناس فان القاضي يخرجه ليخاصم ثم يحبس اه. و صرحوا في كتاب الظهار أنه اذا امتنع من التكفير مع قدرته يضرب و صرحوا في كتاب الفقات أنه لو امتنع من الانفاق على قريبه يضرب بخلاف سائر الديون اه. و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن القاضي يوجره لقضاء دينه و عليه حمل ما في الحديث من أنه باع حرا في دينه أى أجره. و تعيين مكان الحبس للقاضي إلا اذا طلب المدعي مكانا آخر لما في القنية: ادعى على بنته مالا و أمر القاضي بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي الى ذلك و كذا في كل مدع مع المدعى عليه اه. و في المحيط: و يجعل للنساء سجن على حدة نفيا لوقوع الفتنة. (٢)عليه الفتوى. قال في الفتح و فيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك و سئل محمد رحمه الله تعالى عما اذا مات والداه أيخرج فقال لا اه. (٣)و ان مرض الخ. هكذا روى عن محمد رحمه الله تعالى هذا إذا كان الغالب هو الهلاك و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يخرجه و الهلاك في السجن و غيره سواء و الفتوى على رواية محمد رحمه الله تعالى منح عن الخلاصة كذا في الشامية.

إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره قال فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر و الكفالة

ترك القاضى عجلته بحبس الغريم (اذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة) يقال لقيته اول وهلة أي أول شيء (فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره) و قال قاضي خانؒ فى شرح الجامع الصغير و على قول الخصافؒ فى البينة ايضاً لا يحبسه فى اول الوهلة و قال فى الاجناس قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي للامام أن يحبس في الديون قرضاً كان او غصبا أو ثمن مبيع أو مهر لكن لا يحبسه فى أول ما يتقدم اليه و يقال له قم فارضه فإن عاد اليه حبسه و هو قول أبى يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و قال الخصافؒ الصواب عندي ان لا يحبسه حتى يقول له ألك مال و يستحلفه على ذلك فإن أقر أن له مالاً حبسه و إن قال لا مال لي قال للطالب أثبت ان له مالاً حتى أحبسه و هو مذهب بعض القضاة ثم إعلم إذا ثبت إعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف بل يمهل إلا أن يوسر قال عز و جل ﴿فنظرة (١) إلى ميسرة﴾ و عندنا لا يحبس و لكن للغريم ملازمته و لا يمنعه من الكسب و هل يلزمه الكسب و إجارة نفسه ليصرف الأجرة و الكسب إلى رب الدين عندنا و الشافعي رحمه الله تعالى لا و عند أحمد رحمه الله تعالى يلزمه و قال مالك رحمه الله تعالى إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه به و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و عليه عمل القضاة لظهور المماطلة و في وجه يبيع ماله الظاهر و به قال مالك و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى أما لو امتنع من أداء الدين يحبس بلا خلاف (قال) أي القدوريؒ (فإن (٢) امتنع) أي الغريم (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر و الكفالة) و لكنه إنما يحبسه إذا طلب المدعي ذلك و قال قاضى خانؒ فى شرح الجامع الصغير و لا يحبسه عندنا في الإقرار و البينة إلا عند طلب المدعي و قال شريحؒ يحبسه من غير طلبه و في الذخيرة لو قال المديون بعد ثبوت الدين أنا معسر و قال المدعي موسر و لا بينة له فالقول للمديون مع يمينه و هو رواية أصحابنا و اختيار الخصافؒ و به قال

(١) فنظرة الآية. البقرة: ٢٨٠. (٢) فان امتنع الخ. فلو قال أمهلني ثلاثة ايام لا دفعه إليك فانه يمهل و لم يكن بهذا القول ممتنعا من الأداء و لا يحبس شرح الوهبانية عن شرح الهداية كذا فى الشامية.

لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به و إقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه

الشافعي رحمه الله تعالى في وجه لأن الأصل الفقر و عن أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى إن كان الدين بدلا عما هو مال كثمن المبيع و القرض فالقول للمدعي و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و إن لم يكن الدين بدلا عما هو مال كالمهر و بدل الخلع و ما أشبه ذلك فالقول للمديون إليه أشار محمد رحمه الله تعالى في كتاب النكاح و في مسألة ادعاء المرأة يسار الزوج نفقة الموسرين و زعم الزوج أنه معسر القول للزوج و قال بعضهم كل دين لزمه بسبب معاقدته و اختياره فالقول لرب الدين و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه لأن اختيار لزومه بالعقد دليل اليسار (لأنه) استدلال لما ذكره القدوريّ بقوله حبسه في كل دين الخ أي لأن الغريم (إذا حصل المال) أي المال الذي هو ثمن المبيع و نحوه من أي جهة كان (في يده ثبت غناؤه به) و زواله عن الملك محتمل و الثابت لا يترك بالمتحمل و الأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر و الغني حادث فوجب استصحاب المال حتى يعلم حدوث ما يخالفه و ما كان بدلاً عن مال فقد علم حصول الغني به فسقط حكم الأصل و وجب استصحاب الغني حتى يعلم زواله فلهذا لم يصدق في الاعسار و صار امتناعه ظلماً فحبس لأجله (و إقدامه على التزامه) بعقد كالمهر و الكفالة (باختياره دليل يساره إذ هو) أي لانه (لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه) فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله و يحبس و هذا الذي ذكره القدوريّ و شرحه المصنفّ هو رواية ابن سماعةّ أنه يحبس في ذلك و لا يقبل قوله في الإعسار و ذكر الخصافّ عن أصحابناّ أنه يحبس فيما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده خاصة و لا يحبس فيما سوى ذلك لأن الحبس عقوبة تستحق بالإمتناع مع الغنيء فلا يجوز إثباتها بالظاهر كسائر العقوبات و حاصل المذهب عندنا أن القاضي لا يسأل المدعّي أ له مال ام لا إذا طلب المدعى عليه ذلك فحينئذ يسأل فإن قال المدعي انه معسر خلي سبيله و إن قال انه موسر و قال المديون إني معسر ففيه اختلاف المشايخ و رأى الخصافّ أن القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل و قيل إن كان الدين وجب عليه بدلاً عن مال كثمن متاع أو بدل قرض فالقول قول المدعي و إن كان بدلاً عما ليس بمال كالمهر و نحوه فالقول قول المدعى عليه و نسب الخصافّ هذا القول في أدب القاضي إلى أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و من العلماء من قال يحكم الزى (١) إن تزيا بزى الفقراء كان القول

---

(١) الزى. و في تاج العروس ص١٦٧ ج١٠. (الزى بالكسر الهيئة) و اللباس و أصله زوى قاله الجوهري و قال الفراء الزى الهيئة و المنظر و قرئ هم أحسن أثاثا و زيا بالراء و الزاى (ج أزياء).

و المراد بالمهر معجله دون مؤجله قال و لا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين و على المدعي إثبات غناه و يروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الأصل هو العسرة و يروى أن القول له إلا فيما بدله مال و في النفقة القول قول الزوج انه معسر و في إعتاق العبد المشترك القول للمعتق

قول المديون و إن تزيا بزى الأغنياء كان القول قول الطالب لأن ذلك علامة و دليل إلا في حق العلوية و الفقهاء فإنهم يتكلفون في لباسهم مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزي دليلاً و علماً على اليسار في حقهم فإن كان على المطلوب زى الفقراء و ادعى الطالب أنه غير زيه و قد كان عليه زى الأغنياء قبل ذلك سمع منه البينة و يجعل القول قوله و إن لم يمكنه إقامة البينة يحكم بزيه في الحال و يجعل القول قول المطلوب كذا في شرح آداب القاضي (و المراد بالمهر معجله دون مؤجله) لأن العادة جارية بتسليم المعجل فكان الإقدام على النكاح دليلا على القدرة و الوفاء بالمعجل فلا يقبل قوله انه معسر قال فخر الإسلام البزدوي هذا في المعجل أما إذا طلبت المؤجل بعد ما بنى بها فان القول قول الزوج انه معسر لأنه لا دلالة هاهنا على القدرة منه على أدائه فأما في النفقة فإن القول قول الزوج انه معسر في تقدير النفقة (قال و لا يحبسه فيما سوى ذلك) اي فيما سوى المذكور كضمان التلف و الغصب و أرش الجناية (إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين و على المدعي إثبات غناه و يروى (١) أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك) اي في ثمن المبيع و المهر و غير ذلك (لأن الأصل هو العسرة) و في الذخيرة إذا أقام المدعي بينة على يساره و أقام المديون بينة على إعساره فبينة رب الدين أولى لأن شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه (و يروى (٢)) عن الخصاف أنه نسبه إلى أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و قد مربيانه (أن القول له) اي لمن عليه الدين (إلا فيما بدله مال) يعني القول فيما بدله مال للمدعي (و في النفقة القول للزوج أنه معسر) يعني إذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر و ادعت نفقة الموسرين و زعم الزوج انه معسر و عليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج (و في إعتاق العبد المشترك القول للمعتق) يعني إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد و زعم أنه معسر كان القول قوله

---

(١) و يروى الخ. و هو اختيار الخصاف كذا في الكفاية. (٢) و يروى الخ. و هو اختيار أبي عبد الله البلخي كذا في الكفاية.

و المسألتان تؤيدان القولين الآخرين و التخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الإتفاق و كذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ضمان الإعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه

(و المسألتان) و هما مسألة النفقة و مسألة إعتاق العبد المشترك (تؤيدان القولين الآخرين) و في بعض النسخ الأخيرين و أراد بالقولين الأخيرين قوله و يروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك و يروى أن القول له إلا فيما بدله مال (و التخريج) أي تخريج مسألة الإنفاق و الإعتاق (على ما قال في الكتاب) أي على ما قال القدوري في مختصره حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد و مع وجود الالتزام لم يكن القول للمدعي في المسألتين فأجاب عنه و قال (انه) اي ان النفقة على تأويل الانفاق (ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق) فلو كان ديناً مطلقاً لم يسقط إلا بالأداء او بالابراء (و كذا) اي و كذا ليس بدين مطلق (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ضمان الاعتاق) فإن المريض إذا أعتق في مرض موته عبداً مشتركاً لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلما كان كذلك لم ترد هاتان المسألتان بقضاء القول الأول و هو قوله حبسه في كل دين إلى آخره لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذ به يحصل الاستدلال على القدرة(ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه) اي الحاكم يحبس المديون (شهرين او ثلاثة) أى أو ثلاثة أشهر (ثم يسأل) جيرانه و أهل الخبرة (عنه) أى عن يساره و إعساره و هذا التقدير رواية محمد رحمه الله تعالى عن أبي حنيفة رحمه الله في كتاب الحوالة و الكفالة و روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن التقدير فيه بأربعة أشهر على قياس مدة الا يلاء و ذكر (١) الطحاوي أن التقدير فيه بشهر كذا قال شمس الأئمة السرخسي في أدب القاضي ثم قال و الحاصل أنه ليس فيه مضي وقت مقدر بل الأمر مفوض إلى رأي القاضي فإن مضى أربعة أشهر و وقع له أنه متعنت يستديم حبسه و إن كان دون ذلك بأن كان شهرين او شهراً او دونه و وقع أنه عاجز لا مال له أطلقه من السجن و قال شمس الأئمة الحلواني ما قال الطحاوي أرفق الاقاويل و قال الناصحي في تهذيب أدب القاضي قال أبو حنيفة و أبو يوسف و محمد رحمهم الله تعالى يحبسه شهرين أو ثلاثة و على رواية محمد رحمه الله تعالى أربعة أشهر و على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ستة أشهر ثم قال هو موقوف على رأى القاضي

(١) ذكر الطحاوي الخ. و في الهندية و عن أبي حنيفة رحمه الله برواية الطحاوي أنه قدرها بشهر و كثير من مشايخنا أخذوا برواية الطحاوي كذا في الذخيرة.

فالحبس لظهور ظلمه (١) في الحال و إنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره و يروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر و الصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فإن لم يظهر له مال خلي سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً و لو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية و في رواية لا تقبل و على الثانية عامة المشايخ

(فالحبس لظهور ظلمه في الحال) و في بعض النسخ لظهور مظلمه (و انما يحبسه مدة ليظهر ما له لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة) أراد بهذه ظهور ماله لو كان (فقدره بما ذكره) أي قدر محمد رحمه الله تعالى الحبس بما ذكره من أن الحبس شهر ان او ثلاثة (و يروى غير ذلك) اي غير الشهرين او الثلاثة (من التقدير بشهر او أربعة) أشهر (إلى ستة أشهر) و قد مر ذلك كله و قال المصنف (و الصحيح أن التقدير) في مدة الحبس (مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الاشخاص فيه)اي من الحبس لأن بعض الناس يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر آخر في مدة كثيرة و به قال الشافعي و أحمد و مالك رحمهم الله و قال ابن الماجشون المالكي لا يحبس في القليل أكثر من نصف الشهر و في الكثير يحبس أربعة أشهر و فيما بين ذلك الشهرين و نحوهما بالنسبة (قال) اي القدوري (فإن لم يظهر له) اي للغريم (مال خلي (١) سبيله) و لا يحول بينه و بين غرمائه قال المصنف (يعني بعد مضي هذه المدة لأنه استحق النظرة) بكسر الظاء (إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً و لو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة) اي المدة التي رآها القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهر او شهرين او أربعة أشهر على ما تقدم (تقبل) اي البينة (في رواية) و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله (و لا تقبل في رواية) و به قال مالك رحمه الله تعالى (و على الثانية) اي الرواية الثانية (عامة المشايخ) و قال الصدر الشهيد في آداب القاضي هو الصحيح و في الذخيرة لو أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان او شهد بذلك شاهدان فعن محمد روايتان في رواية لا يحبسه و به يفتي الفضلي و هو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة و هكذا قال نصير بن يحيى و قال ابو بكر الاسكاف و عامة مشايخ ما وراء النهر يحبسه و لايلتفت إلى هذه البينة لأنها بينة على النفي فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس

(١) ظلمه. ن. مظلمه. (١) خلى سبيله إلا في ثلاث مال يتيم و وقف و اذا كان الدائن غائبا ثم لا يحبسه ثانيا لا للأول و لا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزازية كذا في الدر المختار. و في رد المحتار: (قوله خلى سبيله) أي أطلقه من الحبس جبرا على الدائن نهر. ثم ان اطلاقه باخبار واحد لا يكون ثبوتا حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي =>

قال في الكتاب خلي سبيله و لا يحول بينه و بين غرمائه و هذا كلام

ما تأيدت فاذا حبس و مضت مدة فقد تأيدت بمؤيد لأن الظاهر أنه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس و قال شيخ الاسلام سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط و ليس بواجب و لو طلب المديون يمين الطالب أنه لا يعرف أنه مفلس معدم فإن نكل أطلقه و إن حلف أبد الحبس و قال أبو القاسم كيفية الشهادة أن يقول أشهد أنه مفلس لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه و ثياب ليله و قد اختبرنا أمره سراً و علانية (قال في الكتاب) اي قال القدوري في مختصره (خلي سبيله و لا يحول (١) بينه و بين غرمائه و هذا كلام) يعني المنع عن ملازمة المديون بعد

=> ثبت عندى أنه معسر و لا ينقل ثبوته إلى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضي أنفع الوسائل و أقره في البحر و النهر (قوله و وقف) ذكره في البحر بحثا إلحاقا باليتيم. (١) لا يحول بينه و بين غرمائه أى لا يمنعهم من ملازمته عند الامام و قالا بالمنع عنها لكونه منظراً بانظار الله تعالى و هي أقوى من انظار العبد بالتأجيل و معه لا ملازمة. و له أنه منظر إلى قدرته على الإيفاء و هو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه و الدين حال بخلاف الأجل لأنه لا مطالبة له قبل مضيه. و لو كان المديون قادراً فظهر الفرق و بطل القياس و لذا قال في أنفع الوسائل: إن الصحيح قوله دائماً هو الصحيح. و في المحيط: إنه ظاهر الرواية. و أحسن الاقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه و قعوده و لا يمنعه من الدخول على أهله و لا من الغداء و لا من العشاء و لا من الوضوء و الخلاء، و له أن يلازمه بنفسه و إخوانه و ولده و من أحب. و الصحيح أن الرأي فيه إلى صاحب الدين إن شاء لازمه بنفسه و إن شاء بغيره و لا عبرة بالمديون في رأيه. و في المحيط قالوا: لا يلازمه بالليالي لأن الليالي ليست بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده في الليالي فالملازمة لا تفيد حتى لو كان الرجل يكتسب في الليالي قالوا يلازمه في الليالي؛ هكذا قال الفقيه أبو جعفر ا ه. و في البزازية: لا يلازمه في موضع معين لأنه حبس و لا يمنعه من دخول بيته لغائط او غداء إلا إذا أعطاه الدائن و أعد له مكاناً للغائط و إن كان عمل المديون السقي و لا يمنعه اللزوم من ذلك لازمه إلا إذا أعطاه نفقته و نفقة عياله فله إذا منعه من السعي. و لو أبى المديون ملازمة الغريم و قال اجلس مع الدائن له ذلك، و ليس للدائن أن يجلسه في الشمس أو على الثلج أو في مكان يتضرر به. و لو طلب المطلوب الحبس و الطالب الملازمة لازمه. و ملازمة المرأة أن تلازمها امرأة فإن لم يوجد حبسها في بيت مع امرأة و جلس هو على الباب أو المرأة في بيت نفسها. و هو على الباب و ليس له غير ذلك و عن محمد: المرأة يلازمها الرجال بالنهار في موضع لا يخاف عليها الفساد و لا يخلون بها و بالليل يلازمها النساء و في الواقعات: عليها حق له أن يلازمها و يجلس معها و يقبض على ثيابها لأن هذا ليس بحرام فإن هربت إلى خربة إذا كان يأمن على نفسه يدخل عليها و يكون بعيداً منها لحفظ نفسه لأن له ضرورة في هذه الخلوة كما قالوا فيمن هرب بمتاع إنسان و دخل داره له أن يدخل عقيبه ليأخذ حقه و لو ادعى على آخر مالاً و لم يجلس القاضي أياماً لازم خصمه أياماً و إن طال اه. و في الهداية: لو اختار المطلوب الحبس و و الطالب الملازمة فالخيار للطالب إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر اه. و في البزازية: و يجوز الجلوس في المسجد لغير الصلاة لملازمة الغريم قال القاضي: المذهب عندنا أنه لا يلازمه في المسجد لأنه بني لذكر الله تعالى و به يفتي. و فيها أيضًا: إن كان في ملازمة الغريم ذهاب قوته كلف أن يقيم كفيلاً بنفسه ثم يخلي سبيله و للطالب ملازمة الغريم بلا أمر القاضي إن كان مقراً بحقه كذا في البحر.

في الملازمة و سنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى و في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسراً أبد حبسه و إن كان معسراً خلي سبيله و مراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة فظهرت مماطلته و الحبس أولاً و مدته قد بيناه فلا نعيده قال و يحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع

إخراجه من الحبس كلام (في الملازمة) هل للطالب ذلك أم لا (و سنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) اي المنع في باب الحجر بسبب الدين عند قوله و لا يحول بينه و بين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه إلى آخره و المراد من الملازمة الطواف معه أين طاف حتى يأخذوا فضل كسبه لا المطالبة (قال) اي المصنفؒ (و في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسراً أبد حبسه و إن كان معسراً خلى سبيله) إنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعاً لتوهم التناقض بين روايته و رواية القدوريؒ و هذا لأنه روى لفظ القدوري في أول الفصل بقوله و إذا ثبت الحق عند القاضي و طلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ثم قال و هذا إذا ثبت الحق بإقراره و لفظ الجامع الصغيرؒ يدل على جواز الحبس متصلا بالإقرار و بينهما وهم التناقض فدفع هذا الوهم بقوله (و مراده) يعني مراد محمدؒ (إذا أقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته) قال الأترازيؒ يعني مراد محمدؒ فيما إذا ثبت الحق بالإقرار ثم ثبتت المماطلة فترافعا إلى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار فاندفع ذلك الوهم و قال فخر الإسلام رحمه الله معنى المسألة إذا كان جاحداً فأقر عنده و ظهر للقاضي جحوده عند غيره و مماطلته او ظهرله مماطلته بعد ما أقر عند غيره فحينئذ يحبسه فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه (و الحبس أولاً و مدته قد بيناه فلا نعيده) اي الحبس المذكور أولاً قبل السؤال في الجامع الصغير في قوله يحبسه ثم يسأل عنه قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوريؒ عنده يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه و بينا مدة الحبس أيضامع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة الى الاعادة و قال تاج الشريعةؒ و روى و الحبس و مدته بالنصب فيهما قلت إعراب الرفع أن قوله و الحبس مبتدأ و قوله أولاً نصب على الظرف و مدته عطف على المبتدأ و قوله و قد بيناه خبر المبتدأ و أما وجه النصب فعلى تقدير بينا الحبس و مدته بالنصب أيضاً عطفاً عليه و قوله قد بيناه مفسر لذلك المقدر (قال) أى القدوريؒ (و يحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع (١) و إن كان مقدار النفقة يسيراً بأن كان

(١) بالامتناع. و فى البحر قيدنا بالامتناع لأنه لا يحبس فى النفقة الماضية لأنها تسقط بمضى الزمان و ان لم تسقط بأن حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فلأنها ليست ببدل عن مال و لا لزمته بعقد كذا ذكره الشارحؒ اه. =>

و لا يحبس الوالد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود و القصاص إلا إذا امتنع عن الإنفاق عليه لأن فيه إحياء لولده و لأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان و الله أعلم.

درهماً او دانقاً (و لا يحبس (١) الوالد في دين ولده لأنه) اي لأن الحبس (نوع عقبة فلا يستحق الولد على الوالد كالحدود و القصاص) فإن الوالد لا يؤاخذ بهما لأجل ولده (إلا إذا امتنع عن الإنفاق عليه) اي على ولده لأن فيه إهلاكه و في الإنفاق عليه إحياء له و هو معنى قوله (لأن فيه) اي في الإنفاق عليه (إحياء لولده و لأنه) اي و لأن الإنفاق (لا يتدارك لسقوطها) اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان) بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في حق هذا الحكم فيفترقان في حق الحبس أيضا (و الله اعلم).

=> و فى فتح القدير و يتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة و ان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا رأى القاضى ذلك فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم و الظلم بالمنع بعد الوجوب و لم يتحقق و هذا يقتضى انه اذا لم يفرض لها و لم ينفق الزوج عليها فى يوم ينبغى اذا قدمته فى اليوم الثانى أن يأمره بالانفاق فان رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة و ان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها و هو قياس ما أسلفناه فى باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته الى القاضي يأمره بالقسم و عدم الجور فان ذهب و لم يقسم فرفعته أوجعه عقوبة و ان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى و يحصل بذلك ضرر كبير اه.

(١) لا يحبس الوالد الخ. و قد كتبنا في الفوائد الفقهية أن من لا يحبس سبعة: الأول الأصل في دين فرعه. الثاني المولى في دين عبده المأذون غير المديون و إن مديوناً يحبس لحق الغرماء. الثالث العبد لا يحبس بدين مولاه أطلقه الشارح فظاهره و لو كان مديوناً. الرابع المولى لا يحبس بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة و إلا يحبس لتوقفها على الرضا. الخامس لا يحبس المكاتب بدين الكتابة و إن كان ديناً آخر يحبس به للمولى و منهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاطه بالتعجيز و صححه في المبسوط و عليه الفتوى كما في أنفع الوسائل. السادس لا يحبس صبي على دين الاستهلاك و لو له مال من عروض و عقار إذا لم يكن له أب و لا وصي و الرأي إلى القاضي فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء و إن كان له أب أو وصي فإنه يحبس إذا امتنع من قضاء دينه من ماله و لا يحبس الصبي إلا بطريق التاديب حتى لا يتجاسر إلى مثله إذا باشر شيئاً من أسباب التعدي قصداً أما إذا كان خطأ فلا، كذا في المبسوط من كتاب الكفالة و في المحيط: و للقاضي أن يحبس الصبي التاجر على وجه التأديب لا على وجه العقوبة حتى لا يماطل حقوق العباد فإن الصبي يؤدب لينزجر عن الأفعال الذميمة. السابع إذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون في دية و أرش و يؤخذ من العطاء و إن لم يكن لهم عطاء يحبسون كذا في البزازية. و يزاد هنا مسألتان قدمنا هما لا يحبس المديون إذا علم القاضي أن له مالاً غائباً أو محبوساً موسراً فصارت تسعاً كذا في البحر.

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال و يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين

(باب (١) كتاب القاضي الى القاضي)

اي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي إلى القاضي أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاة أيضاً إلا أن السجن يتم بقاض واحد و هذا باثنين و الواحد قبل الاثنين و القياس يأبي جواز العمل به لما فيه من شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط و الخاتم يشبه الخاتم إلا انه جوز لحاجة الناس إليه و لأثر على رضى الله تعالى عنه و عليه أجمع الفقهاء (قال) اي القدوري (و يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق) التي تثبت مع الشبهات دون ما يندرئ بها (إذا شهد به عنده) اي إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه و شهد على صيغة المجهول (للحاجة) اي لحاجة الناس إليه (على ما نبين) إشارة إلى قوله بعد هذا و جوازه لمساس الحاجة إلى آخره و في الأجناس لا يكتب القاضي إلى القاضي فيما ينقل و يحول مثل العبد و الدابة و الثوب و يكتب في العقار و يسمع شهادة الشهود على ذلك إذا بين حدودها الأربع و قال أبو حنيفة رحمه الله لو كتبت في العبد لكتبت في الناقة و الحمار و في هذين لا أكتب فكذلك في العبد و فى جعل الآبق قال أبويوسف رحمه الله أكتب في العبد و في الجارية لا يكتب في قولهم و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في أدب القاضي برواية بشر بن الوليد في الجارية يكتب الى هنا لفظ الأجناس و قال في شرح الطحاوى

(١) باب كتاب القاضى الخ. هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق فى الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس و العمل بكتاب القاضى إلى القاضى على خلاف القياس لأنه لا يزيد على إخباره بنفسه و القاضى لو أخبر قاضى البلد الأخرى بأنه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان على فلان الكائن فى بلد القاضى الآخر لم يجز العمل به لأن إخبار القاضى لا يثبت حجة فى غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين لحاجة الناس إلى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده و المدعى عليه بأن كانا فى بلدين فجوز إعانة على إيصال الحقوق لمستحقيها و ما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فان الخط و الختم يشبه الخط و الختم فليس بذاك لأن هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه إلى القاضى المرسل و أنه ختمه و قيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان رضى الله تعالى عنه قال كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث (امر من التوريث) امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها رواه أبو داوٗد (فى الفرائض باب فى المرأة ترث من دية زوجها ص ٥٠ ج٢) و الترمذى (فى الفرائض باب ما جآء فى ميراث المرأة من دية زوجها ص٣٢ ج٢ و قال هذا حديث حسن صحيح) و أجمع الفقهاء عليه لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضى لأن الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الاصول و يؤدون عند القاضى الثانى فلم يحتج اليه لأنا نقول فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى الى تعديل الاصول و قد يتعذر ذلك فى بلده و بالكتاب يستغنى عن ذلك لأنه يكتب بعدالة اللذين شهدوا عنده كذا فى فتح القدير.

فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة و كتب بحكمه و هو المدعو سجلاً و إن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لأن القضاء على الغائب لا يجوز و كتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها و هذا هو الكتاب الحكمي و هو نقل الشهادة في الحقيقة

و قال ابن أبي ليلىؒ يقبل في جميع ذلك اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه و الفتوى على هذا لتعامل الناس (فإن شهدوا على خصم حاضر) المراد (١) من الخصم هنا الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل و كيلا لأجل اثبات الحق عليه و المسخر هو الشخص الذي ينصبه القاضي من جهة الخصم لإثبات الحق و لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتيج الى قاض آخر لأن حكم القاضي قد تم على الأول و لو لم يكن خصم أصلا لا المدعى عليه و لا نائبه و قد حكم القاضي بالشهادة كان قضاء على الغائب و هو لا يجوز عندنا و عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج الى خصم (حكم بالشهادة لوجود الحجة و كتب بحكمه و هو المدعو سجلا) اذ السجل (٢) لا يكون الا بعد الحكم (و ان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لأن القضاء على الغائب لا يجوز و كتب بالشهادة) اي كتب القاضي بما يسمعه من الشهادة الى القاضي (ليحكم المكتوب اليه) اي القاضي المكتوب اليه (بها) بهذه الشهادة (و هذا هو الكتاب (٣) الحكمي) اي و هذا الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه (و هو نقل الشهادة في الحقيقة) ألا ترى أن للقاضي

(١) المراد من الخصم الخ. أقول لا يخفى ما فيه من التكلف و الأحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات فى هذا الباب بل توطئة لقوله و ان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم و نظائره كثيرة كذا فى الدرر قلت و حاصله أنه ليس المراد فى هذه المسألة من كتاب القاضى حكمه الى قاض آخر حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر بل المراد أن الشهادة عند القاضى تارة تكون على خصم حاضر فيحكم بها عليه و يكتب بحكمه كتابا ليحفظ الواقعة لا ليبعثه الى قاض آخر لأن الحكم قد تم و تارة تكون على خصم غائب و هي الآتية فهذه ذكرت توطئة لتلك و الى هذا أشار الشارحؒ بقوله ليحفظ أى ليحفظ الواقعة. و ذكر فى النهر عن الزيلعى أنه اذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه و جحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه أو لينفذ حكمه اه و حاصله أنه قد يحتاج فى المسئلة الا ولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر الى قاض آخر فيكون ذكرها مقصودا فى هذا الباب و أفاد القهستانىؒ أن الكتاب يكون الى القاضى و لو كان الخصم حاضرا و ذلك لا مضاء قاض آخر كما اذا ادعى على آخر ألفا و برهن و حكم به ثم اصطلحا أن يأخذه منه فى بلد آخر و خاف أن ينكر فكتب به لا مضاء قاضى البلد كذا فى الشامية. (٢) السجل بكسر السين و الجيم و تشديد اللام و الضمتان مع التشديد و الفتح مع سكون الجيم و الكسر لغات قهستانى عن الكشاف كذا فى الشامية. (٣) الكتاب الحكمى فى عرفهم نسبوه الى الحكم باعتبار ما يؤل كذا فى الفتح.

و يختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى.

الأول أن يبطله قبل أن يبعث به الى الثاني و كذا للثاني أن لا ينفذ بكتابه الا أن يكون ذلك برأيه كذا في المبسوط (١) (و يختص) اى كتاب القاضي الى القاضي (بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى) في هذا الباب و من الشرائط العلوم الخمسة (٢) ذكرها في الذخيرة: و هو أن يكون القاضي الكاتب

(١) المبسوط للسرخسي ص٩٧ج١٦. (٢) العلوم الخمسة الخ. و في الهندية: العلوم الخمسة شرط جواز كتاب القاضي الى القاضي و هو أن يكون الكتاب من معلوم يعني القاضي الكاتب الى معلوم يعني القاضي المكتوب اليه في معلوم يعني المدعى به لمعلوم يعني المدعي على معلوم يعني المدعى عليه أما القاضي الكاتب فينبغي أن يكون معلوما و اعلامه انما يكون بكتابة اسم القاضي و اسم أبيه و اسم جده أو قبيلته فاذا لم يذكر اسم أبيه و جده لا يحصل التعريف بالاتفاق و ان ذكر اسم أبيه و لم يذكر اسم جده أو قبيلته فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحصل التعريف و ان كان مشهورا اكتفى بالاسم الذى كان مشهورا به و كذلك اذا كتب من أبي فلان اذا كان مشهورا بتلك الكنية كأبي حنيفة رحمه الله تعالى و كذلك اذا كتب من ابن فلان و هو مشهور به كابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يكتفى به و لا يقبل شهادة الشهود على اسم القاضي و نسبه ما لم يكن مكتوبا في الكتاب و كذلك اعلام القاضي المكتوب اليه شرط و انما يصير معلوما بما يوجب تعريفه من ذكر الاسم و النسب و لا يكتفى بالشهادة على الاسم و النسب اذا لم يكن مكتوبا و كذلك اعلام المدعى عليه شرط ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحصل التعريف بذكر اسمه و اسم أبيه بل يشترط مع ذلك ذكر الجد و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ذكر الجد ليس بشرط و قول محمد رحمه الله تعالى مضطرب و كان القاضي الامام أبو علي السندى رحمه الله تعالى في الابتداء لا يشترط ذكر الجد ثم رجع في آخر عمره و كان يشترط و هو الصحيح و عليه الفتوى و ان لم يذكر اسم الجد و نسبه الى القبيلة فان كان أدنى القبائل و الأفخاذ الذى يعرف بذلك فقد كفى بلا خلاف و يقوم مقام اسم الجد لحصول الا علام به فانه قلما يتفق اثنان في أدنى الأفخاذ في اسمهما و اسم أبيهما و ان نسبه الى أعلى الأفخاذ و القبائل بان قال تميمي أو ما أشبهه لا يكتفى به و ان نسبه الى بلده و لم ينسبه الى جده و لا الى قبيلته فقال كوفي أو مصرى فذلك لا يكفي له و ان نسبه الى حرفته و صناعته و لم ينسبه الى القبيلة و الجد لا يكفى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما اذا كانت صناعة يعرف بها لا محالة يكفي و ان ذكر اسم أبيه و لقبه و انه يعرف بذلك اللقب لا محالة فانه يكفي و بدون ذلك لا يكفي و ان ذكر اسمه و اسم جده و لم يذكر اسم أبيه لا يكفي و ان كتب من قاضي بلد كذا فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا فلان بن فلان فذلك يكفي بلا خلاف عند بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لان كونه قاضيا من أسباب التعريف فيستغنى به عن ذكر الجد و لو كتب من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين و حكامهم فذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و في قول أبي يوسف و زفر رحمهما الله تعالى يجوز و الظاهر أن محمدا رحمه الله تعالى مع أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أبو يوسف رحمه الله تعالى توسع حين ابتلى بالقضاء و رأى أحوال الناس و استحسن في كثير من المسائل تسهيلا للامر على الناس من جملتها هذه المسئلة كذا في المحيط. و عليه عمل الناس اليوم كذا في الخلاصة. و ان كتب أن لفلان على فلان السندى غلام فلان بن فلان الفلاني كذا و كذا جاز لأن تعريف المملوك بالنسبة الى المالك فاذا نسبه الى مالك معروف بالشهرة أو ذكر اسم المولى و نسبه الى أبيه و جده أو الى قبيلته فقد تم تعريف بذلك و ان ذكر اسم العبد و اسم المولى و اسم أبي المولى و لم يذكر اسم جد المولى و لا قبيلته ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى =>

و جوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده و خصمه فأشبه الشهادة على الشهادة و قوله في الحقوق يندرج تحته الدين و النكاح و النسب و المغصوب و الأمانة المجحودة و المضاربة المجحودة لأن كل (١) ذلك بمنزلة الدين و هو

معلوماً و القاضي المكتوب اليه معلوماً و المدعى معلوما و المدعى عليه معلوماً و المدعى به معلوما ثم اعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه و اسم أبيه و اسم جده او قبيلته لأن اعلام الانسان اذا كان غائبا يحصل بهذه الأشياء (و جوازه) اى جواز نقل كتاب القاضي الى القاضي و هذا هو الموعود بقوله على ما نبين (لمساس الحاجة) اى لشدة حاجة الناس اليه (لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده و خصمه فأشبه الشهادة على الشهادة) تقرير هذا أن جوازه ثابت لمشابهته الشهادة على الشهادة لاتحاد المناط و هو تعذر الجمع بين الشهود و الخصم فكما تجوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس فكذلك جواز الكتاب لذلك و لا يراد بالمشابهة القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد فى مناط الاستحسان (و قوله) أي قول القدوري (في الحقوق يندرج تحته الدين و النكاح) بأن ادعى رجلاً نكاحاً على امرأة أو بالعكس و كذلك الطلاق إذا ادعت امرأة على زوجها (و النسب) بأن ادعى نسباً من الميت (و المغصوب) بأن ادعى غصباً على رجل (و الأمانة المجحودة) أى الوديعة التي جحدها المودع (و المضاربة المجحودة) التي جحدها المضارب و إنما قيد بالجحد فيهما لان المودع و المضارب لو كانا مقرين لا حاجة إلى كتاب القاضي (لأن ذلك كله) أي المذكور من هذه الأشياء كله (بمنزلة الدين) و الدين يجوز فيه الكتاب و كذا يجوز فيما كان بمنزلته (و هو) أي الدين

=> أن ذلك لا يكفى و ذكر شيخ الاسلام أنه يكفى لان التعريف يحصل بذكر ثلاثة أشياء كما فى الحر و قد و جد ذكر ثلاثة أشياء و هى اسم العبد و اسم المولى و اسم أبى المولى و ان ذكر اسم العبد و اسم المولى ان لم ينسب المولى الى قبيلته الخاصة لا يكفى و ان نسبه الى قبيلته الخاصة فعلى قياس ما ذكره شمس الائمة فى المسئلة المتقدمة لا يكفى و على قياس ما ذكره شيخ الاسلام يكفى و ان كتب أن لفلان على فلان و هو العبد السندى الحائك الذى فى يد فلان بن فلان أو الساكن فى دار فلان بن فلان لا يكفى لان التعريف انما يقع بالنسبة اللازمة و ذلك بالملك دون اليد لأنها عسى تكون بغير حق كذا فى الذخيرة. و يجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو ليعلمهم به ان لم يقرأ اذ لا شهادة بلا علم ثم يختم بحضرتهم و يسلم اليهم لئلا يتوهم التغيير و هذا عند أبى حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لان من أصلهما أن علم الشهود بما فى الكتاب و الختم بحضرتهم شرط جواز القضاء بذلك و كذا حفظ ما فى الكتاب من وقت التحمل الى وقت الاداء شرط عندهما و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخرا ليس شئ من ذلك بشرط و الشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه و خاتمه و عنه أن الختم ليس بشرط أيضا (١) كل ذلك. ن. ذلك كله.

يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة و يقبل في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد و لا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها و عنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه

(يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة) فان قيل لا نسلم عدم الا حتياج في الإشارة فيما سوى الدين فان الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل و المرأة عند دعوى النكاح من الجانبين و كذلك في الأمانة و المغصوب قلنا لا بل النكاح و نظائره المذكورة لا تحتاج إلى الإشارة لأن دعوى المدعي يضمن النكاح لا نفس المرأة و كذلك نظائره لانها من الأفعال و إن كان يلزم في ضمنه الإشارة و المدعي به هو العقد (و يقبل في العقار أيضاً) أي يقبل كتاب القاضي الى القاضي فى دعوى العقار أيضا (لأن التعريف فيه) أى في العقار (بالتحديد) أي ببيان حدوده الاربعة (و لا يقبل) أي كتاب القاضي إلى القاضي (في الاعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة) عند الدعوى و الشهادة و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى في العبيد و الجوارى و هو القياس و المنصوص عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في المنقول و هو أصح الروايتين عنده (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه) أي أن كتاب القاضي إلى القاضي (يقبل في العبد دون الامة لغلبة الإباق فيه دونها) أي في العبد دون الامة لان العبد يخدم خارج البيت فيقدر على الإباق غالباً فتمس الحاجة إلى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم في البيت فلا تقدر على الإباق غالباً فلا تمس الحاجة كذا في شرح أدب القاضي للصدر الشهيدّ قلت أكثر جوار أهل مصر تخرج إلى الاسواق و غيرها في أكثر الاوقات (و عنه) أي و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى رواها عنه بشر بن الوليدّ (أنه يقبل) كتاب القاضي إلى القاضي (فيهما) أي في العبد و الامة (بشرائط تعرف في موضعه) و موضعه كتاب الإباق من المبسوط (١) و أراد بها بيان حلية العبد و صفته و الختم في عنقه و أخذ الكفيل و صفة (٢) ذلك بخاري أبق له عبد إلى سمرقند مثلا فأخذه سمرقندي و شهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب إلى ذلك و يكتب شهد عندي فلان و فلان بأن العبد الذي من صفته كيت و كيت ملك فلان المدعي و هو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق و يشهد على كتابه شاهدين و يعلمهما ما فيه و يرسلهما إلى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدان عنده عليه بالكتاب و بما فيه فيقبل شهادتهما و يفتح الكتاب و يدفع العبد إلى المدعي و لا يقضي له به لان شهادة شاهديَ الملك لم تكن بحضرة العبد و يأخذ كفيلاً من المدعي بنفس

(١) المبسوط للسرخسيّ ص٢٥ ج١١. (٢) صفة ذلك الخ. كذا في العناية.

و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يقبل في جميع ما ينقل و يحول و عليه المتأخرون رحمهم الله

العبد و يجعل في عنق العبد خاتماً من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة و يكتب كتاباً إلى قاضي بخارى و يشهد شاهدين على كتابه و ختمه و على ما في الكتاب فاذا وصل إلى قاضي بخارى و شهدا بالكتاب و ختمه أمر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه و ملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد و كتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرىء كفيله و في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد لان الخصم غائب و لكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده و يشهد شاهدين على كتابه و ختمه و ما فيه و يبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك و يبرىء الكفيل و صفة الكتاب في الجوارى صفته فى العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي و لكنه يبعث بها معه على يد أمين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه و لكن أبوحنيفة و محمد رحمهما الله تعالى قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه إذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً و يستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك و ربما يظهر العبد لغيره لان الحلية و الصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي و الصفات فالاخذ بالقياس أولى (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه) أى أن كتاب القاضي إلى القاضي (يقبل فى جميع ما ينقل و يحول و عليه) أي و على قول محمد المشايخ (المتأخرون) و به قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في قول و قال الأسبيجابي و عليه الفتوى و في الخلاصة (١) و لو كتب إسم القاضي الكاتب و نسبه و لم يكتب إسم القاضي المكتوب اليه و نسبه و لكن كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين و حكامهم لا يجوز و أبو يوسف رحمه الله تعالى وسع و أجاز و عليه عمل الناس اليوم و أجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب اليه و نسبه ثم و إلى كل من وصل كتابى هذا من قضاة المسلمين و حكامهم جاز فان كل قاض وصل اليه عمل به و لو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله و إن كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيًا في ذلك الوقت أم لا و لا يكتفي بالشهادة إذا لم يكن مكتوباً و كذا كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة و كذا لو شهدوا على أصل الحادثة و لم يكن مكتوباً كذا كونه لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة و في شرح الطحاوي و كتاب القاضي إلى القاضي في حقوق الناس من الطلاق و العتاق وغيرهما جائز إلا في الحدود و القصاص و في خزانة الفقه و يجوز (٢) كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي

(١) الخلاصة ص ٣٠ ج ٤. (٢) و يجوز الخ. كذا في البحر عن السراج الوهاج معزيا الى الينابيع. و في الدرالمختار و قيل يقبل من قاضي رستاق إلى قاضى مصر أو رستاق و اعتمده المصنف و الكمال اه. و فى رد المحتار =>

قال و لا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة و هذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لانه ليس بملزم و بخلاف رسول القاضي إلى المزكي و رسوله إلى القاضي لان الإلزام بالشهادة لا بالتزكية

رستاق و لا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر (و قال) أى القدوري (و لا يقبل(١) الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين) يعني لا يقبل القاضي المكتوب اليه كتاب القاضي اليه إلا بحجة تامة و هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين كما في سائر الحقوق و كان (٢) الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي بغير بينة قياساً على كتاب أهل الحرب و على رسول القاضي الى المزكي و رسول المزكي إلى القاضي و يجيء الجواب عنه عن قريب (لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة و هذا) أي اشتراط الحجة (لأنه) أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي (ملزم فلا بد من الحجة) و هذا عند عامة الفقهاء و عن الحسن (٣) البصري و سوار و العنبري و أبي ثور و الاصطخري و أبي يوسف رحمه الله تعالى في رواية و مالك رحمه الله تعالى في رواية مثل قول الشعبي فإنهم قالوا إذا كان القاضي المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب و ختمه قبله و أجاب المصنف عن القياس الأول بقوله: (بخلاف (٤) كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم) فإن الإمام بالخيار إن شاء اعطى الأمان و إن شاء لم يعطه فلا يشترط فيه البينة و أجاب عن القياس الثاني بقوله: (و بخلاف رسول القاضي إلى المزكي و رسوله) أي و رسول المزكي (إلى القاضي) حيث يقبل من غير حجة تامة (لأن الإلزام بالشهادة) إذ القضاء مضاف إلى الشهادة (لا بالتزكية) أي ليس الإلزام بالتزكية ألاترى (٥) أنه لو قضي بالشهادة بدون التزكية صح قضاءه و إنما التزكية لنوع رجحان

=> (قوله و قيل يقبل الخ) الظاهر أن الخلاف مبنى على الخلاف فى أن المصر هل هو شرط لنفاذ القضاء أم لا فحكوا عن ظاهر الرواية أنه شرط و عن رواية النوادر أنه ليس بشرط و به يفتى كما فى البزازية فعلى هذا يفتى بقبوله من قاضى رستاق إلى قاضى مصر أو رستاق منح و مثله فى شرح المقدسى و رأيت بخط بعض الفضلاء أن ما ذكر من ابتناء الخلاف على الخلاف الآخر مصرح به فى البزازية. (١) و لا يقبل الكتاب. أقول أى لا يعمل به لا أنه لا يأخذه ليخالف ما سيجئ من قوله فاذا سلمه كذا فى السعدية. (٢) كان الشعبى الخ. كذا فى العناية. (٣) عن الحسن البصرى الخ. كما فى المغنى ص ٤٦٩ ج ١١ و فتح القدير ص ٣٨٦ ج ٦. (٤) بخلاف كتاب الاستئمان الخ. قال العلامة ابن نجيم فى البحر: و قد كتبنا فى الفوائد الفقهية أن لا يعمل بالخط إلا فى مسألة كتاب الأمان و فى دفتر البياع و الصراف و السمسار فانه حجة. (٥) الأترى الخ. أقول فى هذا التنوير بحث فان صحة القضاء أمر و الالزام أمر آخر لتحقق الأول بدون الثانى و جوابه أن صحة الحكم قبل التزكية اذا كانت بالشهادة و الالزام بعدها فيكون بها أيضا كذا فى السعدية.

قال و يجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم و يسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير و هذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لأن علم ما في الكتاب و الختم بحضرتهم شرط و كذا حفظ ما في الكتاب عندهما و لهذا يدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة

الصدق و قال (١) الاكمل رحمه الله قيل قد يشير (٢) إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم (٣) القضاء عليه ببينة و بغيرها و القياس يقتضي اتحاد كتابه و رسوله في القبول كما في البيع فإنه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه لأن القياس يأبى جوازهما و فرق بينهما بوجهين: أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب و اجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقي على القياس و الثاني أن الكتاب كالخطاب و الكتاب وجد من موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة و أما الرسول فقائم مقام المرسل و المرسل في هذا الموضع ليس بقاض و قول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا (قال) أي القدوريّ (و يجب أن يقرأ) أى القاضي الكاتب (الكتاب عليهم) أي على الشهود (ليعرفوا ما فيه) أى في الكتاب (أو يعلمهم) أى او يعلم القاضي الشهود (به) أى بما في الكتاب (لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه) (٤) أى الكتاب (بحضرتهم) و يسلمه (٥) اليهم كيلا يتوهم التغيير و هذا) أى ما ذكر من الوجهين (عند أبي حنيفة و محمد) رحمهما الله تعالى و به (٦) قال الشافعيّ و أحمد و مالك رحمهم الله في رواية (لأن علم ما فى الكتاب و الختم بحضرتهم شرط و كذا) أى و كذا يشترط (حفظ ما في الكتاب عندهما) أى عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله (و لهذا) أى و لكون اشتراط حفظ ما في الكتاب (يدفع اليهم) أى إلى الشهود (كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة

---

(١) قال الاكملّ فى العناية ص ٣٨٦ج٦. (٢) قد يشير الخ. أقول فى وجه الاشارة خفاء لا يخفى كذا فى السعدية. (٣) فى حق لزوم القضاء الخ. أقول على كونه رسول القاضى كذا فى السعدية. (٤) ثم يختمه الخ يعنى بعد طيه و لا اعتبار للختم فى أسفله فلو انكسر خاتم القاضى أو كان الكتاب منشورا لم يقبل و ان ختم فى أسفله كما فى الذخيرة و انما قال بحضرتهم لأنه لابد أن يشهدوا عنده أن الختم بحضرتهم كما فى المغنى و اشتراط الختم ليس بشرط إلا اذا كان الكتاب فى يد المدعى و به يفتى كما ذكره المصنفّ قهستانى كذا فى الشامية.
(٥)و يسلمه اليهم أى فى مجلس يصح حكمه فيه فلو سلم فى غير ذلك المجلس لم يصح كما فى الكرمانى قهستانى. قال فى النهاية و عمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب الى المدعى و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى و هو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمةّ و على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يسلم المكتوب الى الشهود كذا وجدت بخط شيخىّ اه كذا فى الشامية. (٦) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ. كذا فى فتح القدير.

على حفظهم و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخراً شيء من ذلك ليس بشرط و الشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه و خاتمه و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء و ليس الخبر كالمعاينة و اختار شمس الأئمة السرخسيّ قول أبي يوسف رحمه الله تعالى

على حفظهم) فإن فات شيء من الأمور لا يقبل الكتاب عندهما (و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخراً) أى في قوله الأخير إنما قال ذلك لان قوله الاول مثل قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله (شيء من ذلك) هذا مقول القول و لفظ شيء مبتدأ و إن كان نكرة لأنه مخصص بقوله من ذلك إلى شيء كائن من ذلك أى علم ما في الكتاب و حفظه و الختم بحضرتهم و قوله (ليس بشرط) خبر المبتدأ المذكور (و الشرط) أى عند أبي يوسف رحمه الله تعالى (أن يشهدهم أن هذا كتابه و خاتمه) و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء و ليس الخبر كالمعاينة) لان الخبر يحتمل الصدق و الكذب و ليس في المعاينة احتمال (و اختار شمس الائمة السرخسى رحمه الله قول أبي يوسفّ) تيسيراً على الناس و اجمعوا (١) في الصك أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب قال الكاكيّ فاحفظ هذا فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك كذا في مختلفات القاضي و ما قالاه احتياط و ما قاله أبو يوسف رحمه الله تعالى توسع و من الشرائط عندهما أن يحفظوا شهادة ما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الاداء كما في جميع الشهادات كذا في الذخيرة و من (٢) الشرائط عندهما أن يكون الكتاب معنوناً بأن يكتب فيه هذا الكتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي و الشرط العنوان الباطن عندهما لا العنوان الظاهر حيث لو ترك العنوان الظاهر و اكتفى بالعنوان الباطن اجاز ذلك و على العكس لا يجوز و صورة العنوان (٣) الظاهر في زماننا أن يكتب قبل كتابة التسمية من جانب اليسار من فلان بن فلان قاضي بلد كذا و يكتب فى جانب اليمين فوق كتاب التسمية بسم الله الملك الحق المبين و نحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا و إلى كل من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين و حكامهم فإن كتب إلى قاضي بلد كذا و في البلد قاضيان لا يصح و لو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان بن فلان قاضي بلد كذا و نواحيها و يكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين إلى

(١) و اجمعوا الخ. أقول ينافي دعوى الاجماع ما فى الشامية فارجع ان شئت. (٢) و من الشرائط الخ. كذا فى الهندية معزيا الى المحيط. (٣) صورة العنوان الخ. كذا فى الهندية معزيا إلى النهاية.

قال فإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لأنه للنقل لا للحكم قال فإذا سلمه الشهود إليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه و قضائه و قرأه علينا و ختمه فتحه القاضي و قرأه على الخصم و ألزمه ما فيه و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و محمد رحمه الله تعالى و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا شهدوا أنه كتابه

قاضي بلد كذا فلان بن فلان و إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين و حكامهم ثم يكتب بعد البسملة هذا الكتاب اطال الله بقاء فلان القاضي إلى آخره كما هو الرسم في الكتاب ثم يكتب أما بعد ثم (١) اعلم انهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها و كثير منهم قالوا لا يجوز فيما دون مسافة السفر و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله في وجه و حكى الطحاوىّ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أصحابه أنه يجوز فيما دون السفر و قال بعض المتأخرين من أصحابنا هذا مذهب أبي يوسف و محمد رحمهما الله و به قال مالك رحمه الله تعالى (قال) أى القدورىّ (فإذا وصل) أى كتاب القاضي (إلى القاضي لم يقبله) (٢) و في بعض النسخ لم يفتكه من الإفتكاك و الاول أوفق لرواية الكتب في الجوامع و فتاوى قاضي خان (إلا بحضرة الخصم لانه) أى لان الكتاب (بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره) أى حضور الخصم (بخلاف سماع القاضي الكاتب) حيث يسمع الشهود و إن كان الخصم و هو المدعى عليه غائباً (لانه) أى لان سماعه (للنقل لا للحكم) فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول و في التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا هنا و قال في شرح الاقطع و قال ابو يوسف رحمه الله تعالى يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله و الحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به (فإذا سلمه الشهود اليه) و في بعض النسخ قال أى القدورىّ إذا سلم الشهود الكتاب إلى القاضي المكتوب اليه (نظر إلى ختمه فإذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه (٣) الينا في مجلس حكمه و قضائه و قرأه علينا و ختمه فتحه القاضي) المكتوب اليه (و قرأه على الخصم و الزمه ما فيه) أى في الكتاب (و هذا) أى المذكور (عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى إذا شهدوا انه كتابه

(١) ثم اعلم الخ. و فى الدر المختار و لا بد من مسافة ثلاثة أيام بين القاضيين كالشهادة على الشهادة على الظاهر (أى ظاهر الرواية) و جوزهما الثانى (أى أبو يوسف رحمه الله تعالى) ان بحيث لا يعود فى يومه و عليه الفتوى شرنبلالية و سراجية اه. (٢) لم يقبله. أقول المراد من عدم قبوله بلا خصم عدم قراء ته لا مجرد قبوله لأنه لا يتعلق به حكم كذا فى الفتح. (٣) سلمه الينا الخ. قيد بهذا لأنهم اذا قالوا لم يسلمه الينا فى مجلس حكمه أو لم يقرأه =>

و خاتمه قبله على ما مر و لم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح و الصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصافؒ لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود و انما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا و لهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله أو في غير عملهما

و خاتمه قبله على ما مر) أشار إلى ما قال قبل هذا و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى آخراً شيء من ذلك ليس بشرط و الشرط ان يشهدهم أن هذا كتابه و ختمه (و لم يشترط) أي القدوريؒ (في الكتاب) أي في مختصره (ظهور العدالة للفتح) أي فتح الكتاب لأنه قال فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه و قضائه و قرأه علينا و ختمه فتحه القاضي و لم يقل فإذا شهدوا و عدلوا فعلم أنه لم يشترط العدالة و قال المصنفؒ (و الصحيح (١) أنه يفض الكتاب) أي يفتحه و يفك ختمه (بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصافؒ لأنه ربما يحتاج) أى المدعي (إلى زيادة الشهود) إذا لم تظهر العدالة (و إنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم) ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي و ختمه فأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك (و إنما يقبله المكتوب اليه) ذكر هذا تفريعا على ما تقدم من مسائل القدوري أي و إنما يقبل الكتاب القاضي المكتوب اليه (إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات) أي القاضي الكاتب (أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب) بأن فسق (٢) أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب (لا يقبله) وقال (٣) الشافعي و أبويوسف و أحمد رحمهم الله يقبله و يعمل به و استدل المصنفؒ على عدم القبول بقوله (لأنه) أي لأن القاضي الكاتب بالأمور المذكورة (التحق بواحد من الرعايا) لأنه حينئذ خرج من أن يكون حاكماً فلا ينفذ الحكم بكتابه (و لهذا) أي و لكونه ملتحقًا بواحد من الرعايا (لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله أو في غير عملهما) يعني إذا أخبر القاضي قاضياً آخر في غير عمل المخبر لايقبل و في الذخيرة قاضيان لو التقيا في مصر ليس من عملهما فقال أحدهما للآخر ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما يحق لك لم يقبل منه و لم ينفذ لأن السماع وجد من غير القاضي حيث لم يكن في

=> علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به كما في البحر. (١) و الصحيح الخ. احترز به عما ذكر في المغني للصدر الشهيدؒ فانه قال فيه و ذكر الخصافؒ لا يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكر محمد رحمه الله تعالى أصح أى تجويز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه كذا في الفتح. (٢)بأن فسق. و في الشامية: عبر عنه في النهر بقيل و قال إنه بناء على عزله بالفسق و مثله في الفتح. (٣)قال الشافعي رحمه الله تعالى تاريخ. كذا في الفتح ص٣٨٩ ج٦ و المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص٤٧٢ ج١١.

و كذلك لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا و الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاً له و هو معرف بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا لأنه غير معرف و لو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه و لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود و القصاص

مكان و لايته (و كذلك) أي و كذا لا يقبله قاضي آخر (لو مات المكتوب اليه) لأنه كتب إلى غيره و قد مات (إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا و إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب اليه (لأن غيره) أي غير المكتوب اليه (صار تبعاً له و هو معرف) أي الذي صار تبعاً له معلوم (بخلاف ما إذا كتب ابتداء) من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني) إلى كل من يصل اليه) من قضاة المسلمين، حيث لم يقبل على ما عليه مشايخنا لأنه غير معرف أي مجهول حاصل الكلام أن في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا و إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه يصح لأنه اتى بما هو شرط و هو أن يكون من معلوم إلى معلوم ثم صير غيره تبعاً له و أما فى الصورة الثانية فإنه كتب إبتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فإنه لا يصح لأنه من معلوم إلى مجهول و العلم فيه شرط و هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قيل الظاهر ان محمداً رحمه الله تعالى معه و قيل رد لقول(١) أبي يوسف رحمه الله تعالى في جوازه فإنه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيراً تسهيلا للأمر على الناس (لوكان مات الخصم) يعني لو مات المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي (ينفد) أى القاضي المكتوب اليه (الكتاب على وارثه) أي وارث الخصم (لقيامه) أي لقيام الوارث (مقامه) أي مقام الخصم (و لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود و القصاص) و به (٢) قال الشافعي رحمه الله تعالى

(١)لقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الخ. أقول و بقول أبى يوسف رحمه الله تعالي قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى. و فى الخلاصة: و عليه عمل الناس اليوم اه. و في الشامية: قال الزيلعيّ و استحسنه كثير من المشايخ اه. و في الفتح: و هو الأوجه لأن إعلام المكتوب اليه و ان كان شرطا فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص و ليس العموم من قبيل الاجمال و التجهيل فصار قصديته و تبعيته سواء اه. (٢)و به قال الشافعيّ الخ. كذا في فتح القدير: و فى إعلاء السنن باب كتاب القاضى إلى القاضى ص٩٩ ج١٥ . هل يجوز كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود و القصاص أم لا؟ فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى و من وافقه لا و قال البخاريّ و من وافقه نعم. و احتج البخاريّ بقوله: إن عمر رضى الله عنه كتب إلى عامله فى الحدود و الجواب عنه أنه قال ابن حجر فى "الفتح": استعمل عمر قدامة بن مظعون فقدم الجارود –سيد عبد القيس– على عمر فقال: إن قدامة شرب فسكر فكتب عمر إلى قدامة فى ذلك فذكر القصة بطولها فى قدوم قدامة و شهادة الجارود و أبى هريرة عليه و فى احتجاج قدامة بآية المائدة =>

لأن فيه شبة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة و لأن مبناهما على الإسقاط و في قبوله سعى في إثباتهما.

فصل آخر

في قول و في قول آخر يقبل و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى لأن الاعتماد على الشهود و قد شهدوا قلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدلية) لأن المكتوب اليه صار بدلاً عن الكاتب لأنه لم يشاهد الشهادة (فصار كالشهادة على الشهادة) و هي غير مقبولة فيها فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات (و لأن مبناهما) أي مبنى الحدود و القصاص (على الإسقاط و في قبوله) أي و في قبول كتاب القاضي إلى القاضي فيهما (سعى في إثباتهما) فلا يجوز و الله اعلم.

(فصل آخر)

أي هذا فصل آخر قيل لم يمض في هذا الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر و أجيب بأن

=> و في رد عمر عليه و جلده الحد و سنده صحيح اه (١٣: ١٢٤). فظهر منه أن كتاب عمر إلى عامله كان لإحضاره لكشف الحال و لم يكن من كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود الذى هو المتنازع فيه لأن المتنازع فيه هو أن يشهد عند القاضي شهود على حد و يكتب بشهادتهم إلى القاضي الآخر ليحكم بشهادتهم على المشهود عليه بالحد. و ليس فيما ذكر البخاري شئ من هذا فلعل البخاري لم يعرف المذهب المتنازع فيه بل زعم أن الحنفية يمنعون من مطلق الكتابة في الحدود و ليس كما زعم. ثم أو رد البخاري على الحنفية و قال: قال بعض الناس: كتاب الحاكم جائز إلا في الحدود ثم قال: إن كان القتل خطأ فهو جائز لأن هذا مال بزعمه و إنما صار مالاً بعد أن ثبت القتل فالخطأ و العمد واحد اه. و قال ابن بطال: حجة البخاري على من قال ذلك من الحنفية واضحة لأنه إذا لم يجز الكتاب بالقتل فلا فرق بين الخطأ و العمد في أول الأمر و إنما يصير مالاً بعد الثبوت عند الحاكم و العمد أيضاً ربما آل إلى المال فاقتضى النظر التسوية اه. و أجاب العيني (في العمدة ص٢٣٦ ج٢٤) عنه بأنا لا نسلم أن الخطأ و العمد واحد و كيف يكونان واحداً و مقتضى العمد القصاص و مقتضى الخطأ عدم القصاص و وجوب المال لئلا يكون دم المقتول خطأ هدراً و سواء كان هذا قبل الثبوت و بعده اه. و هذا الجواب و إن كان صحيحاً في نفسه إلا أنه لا يدفع منشأ الإيراد فإن منشأ الإيراد هو أن نفس القتل موجب للقصاص و إنما يصير موجباً للمال إذا ثبت أنه كان خطأ فهو في أول الأمر ليس بمال فكيف يجوز فيه أبو حنيفة كتاب القاضي إلى القاضي. و الجواب عنه أن الإيراد مبني على زعم أن أباحنيفة لا يجوز كتاب القاضي إلى القاضي مطلقاً في الحدود و القصاص سواء كان لإحضار المدعى عليه أو للحكم عليه و قد علمت أن هذا زعم باطل فالإيراد غير وارد ثم المدعي إذا ادعى على رجل أنه قتل فلاناً فإن كان دعواه أنه قتل خطأ فهو في الحقيقة دعوى المال من أول الأمر و إن كان دعواه أنه قتل عمداً أو أطلق في الدعوى فإن كتب القاضي إلى قاض آخر لإحضاره للجواب فهذا جائز عند أبي حنيفة و إن شهد الشهود عنده بقتله و ثبت عنده من الشهادة أن القتل كان عمداً و يكتب فيه إلى القاضي الآخر بأخذ القصاص عنه أو ليحكم عليه بالقصاص بهذه الشهادة فهو غير جائز عنده و إن ثبت عنده أن القتل كان خطأ و كتب إليه ليحكم بهذه الشهادة على المشهود عليه بالدية فهو جائز لأنه قضاء بالمال فيكون حكمه كسائر الأموال و بعد هذا التفصيل لا يرد عليه ما أورد.

و يجوز قضاء المرأة في كل شيء

هذا فصل آخر في كتاب أدب القاضي فإنه تقدم فصل في الحبس و هذا فصل آخر (و يجوز قضاء المرأة في كل شيء) و قال (١) الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله لا يجوز لأن المرأة ناقصة

(١) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ. كذا في فتح القدير و في إعلاء السنن باب في تقسيم قضاء القاضي ص٣٣ج١٥. عن بريدة عن النبي ﷺ قال: "القضاة ثلاثة: واحد في الجنة و اثنان في النار فالذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به و رجل عرف الحق و جار في الحكم فهو في النار و رجل قضى للناس على جهل فهو في النار". رواه ابن ماجة و أبو داؤد و أخرجه أيضا الترمذي و النسائي و الحاكم و صححه قال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخراسانيون و رواته مراوزة. و قال الحافظ: له طرق غير هذه جمعتها في جزء مفرد اه (نيل الأوطار ٨: ٩، ١٠). و استدل ابن تيمية في "المنتقى" بحديث بريدة رضي الله تعالى عنها على أنه لا يصح قضاء المرأة. و وجه الاستدلال أنه ﷺ جعل القضاة منحصرة في ثلاثة. ثم جعل كل واحد منهم رجلا فعلم منه أن المرأة لا تصلح للقضاء. و الجواب عنه أنه ليس المقصود منه حصر القضاة في الرجال بل المقصود هو حصر قضاء القضاة في ثلاثة أنواع. و القضاة أعم من أن يكونوا رجالا أو نساء أو رجالا و نساء و تخصيص الرجل بالذكر إما لأن الرجل أصل في الأحكام و المرأة تابعة له أو خرج الكلام مخرج الغالب و العادة أو ذكر الرجل واقع على سبيل التمثيل فلا يتم الاستدلال و احتج ابن حجر و تبعه الشوكاني لهذا المطلب لقوله ﷺ: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة". و الجواب عنه: أنه لا يدل على عدم الصحة و إنما يدل على عدم الاستحسان و لو سلم فهو يدل على عدم جواز الإمامة الكبرى لا على عدم جواز القضاء مطلقا. ثم المنقول من أبي حنيفة أنه لا يجوز قضاء المرأة فيما دون الحدود و القصاص و المنقول من ابن جرير أنه يجوز قضاء المرأة مطلقا و قال ابن العربي المالكي في "أحكام القرآن": أنه لم يصح ذلك عنه و لعله كما نقل عن أبي حنيفة أنها تقضي فيما تشهد فيه و ليس بأن يكون قاضية على الإطلاق و لا بأن تكتب لها منشور بأن فلانة مقدمة على الحكم إلا في الدماء و النكاح و إنما ذلك كسبيل التحكيم أو الاستنابة في القضية الواحدة بدليل قوله ﷺ: "لن يفلح قوم و لوا أمرهم امرأة" و هذا هو الظن بأبي حنيفة و ابن جرير و قد روى أن عمر قدم امرأة على حسبة السوق و لم يصح فلا تلتفتوا إليه فإنما هو من دسائس المبتدعة في الأحاديث اه و هذا توجيه حسن لمذهب أبي حنيفة و ابن جرير في المسألة و إن دفع به ما أورد أبوبكر بن الطيب الشافعي عليهما بقوله: ليس كلام الشيخين (أبي حنيفة و ابن جرير) في هذه المسألة بشيء؛ فإن المرأة لا يتأتى منها أن تبرز إلى المجالس و لا تخالط الرجال و لا تفاوضهم مفروضة النظير للنظير لأنها إن كانت فتاة حرم النظر إليها واستماع كلامها و إن كانت بتحالة برزة لم يجمعها و الرجال مجلس تزوحم فيه معهم و تكون منظرة لهم و لا يفلح قط من تصور هذا و لا من اعتقده اه و وجه الاند فاع أن هذه المفاسد إنما تلزم لو قال الشيخين بأنه يجوز تفويض منصب القضاء للمرأة و لم يقولا بذلك و إنما قالا بصحة قضاء ها فيما تشهد فيه لو وليت أو تغلبت بشوكتها و حينئذ لا يلزمهما ما ألزم من المفاسد ثم مقصودهما أن المرأة أهل لذلك لا أنه يجوز تفويض ذلك لها لأن الأهلية لا تستلزم الإباحة كما لا يخفى فلا يرد عليهما ما أورد فتنبه له و لا يبعد أن يكون مبنى الإجماع على أنه لا يجوز تولية المرأة للإمارة هو ترتيب المفاسد على إمارتها لا كونها غير أهل ذلك إذ لم يظهر لي دليل على عدم أهليتها بل ظاهر قوله: لن يفلح قوم و لوا أمرهم امرأة يدل على صحة التولية مع ترتب عدم الفلاح عليه و الله أعلم فإن كان كذلك فلو ولوا امرأة أو تغلبت بشوكتها ينبغي أن يصح إمارتها و لكن يجب عليها إن =>

إلا في الحدود و القصاص اعتباراً بشهادتها فيهما و قد مر الوجه

العقل غير أهل للحضور مع الرجال في محافل الخصوم (إلا في الحدود و القصاص إعتباراً بشهادتها) أي قياساً على شهادتها فإن شهادتها جائزة (فيهما) أى فى الحدود و القصاص (و قد مر الوجه) أي مر وجه هذا في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة لأن

تولى من يصلح لها فى أمور لا تصلح المرأة لها بنفسها كالإمامة فى الصلاة و القضاء فى الحدود و القصاص و لكن لا ينبغى أن يفعل ذلك للمفاسد التى تترتب على إمارتها. قال العبد الضعيف: و قال ابن حزم فى "المحلى": و جائز أن تلى المرأة الحكم و هو قول أبي حنفية (و ليس معناه أن يجوز توليتها الحكم) و قد روى عن عمر بن الخطاب أنه و لى الشفاء امرأة من قومه السوق (قد تقدم فى كلام ابن العربى أنه لم يصح فلا تلتفتوا إليه) فإن قيل: قد قال رسول الله ﷺ "لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة" قلنا: إنما قال ذلك رسول الله ﷺ فى الأمر العام الذى هو الخلافة برهان ذلك قوله عليه الصلاة و السلام: "المرأة راعية على مال زوجها و هى مسئولة عن رعيتها" و قد أجاز المالكيون أن تكون وصيته و وكيلته و لم يأت نص من منعها أن تلى بعض الأمور اه (٩: ٤٣٠). و قال المحقق فى "الفتح": و الجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى و عدم حله و الكلام فيما لو وليت و أثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقة ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها و ليس فى الشرع سوى نقصان عقلها و معلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية ألا ترى أنها تصلح شاهدة و ناظرة فى الأوقاف و وصية على اليتامى ثم النقصان منسوب إلى الجنس فجاز فى الفرد خلافه ألا ترى إلى صدق قولنا: الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خيرا من بعض أفراد الرجال و لذلك النقص الغريزى نسب ﷺ من يوليهن لعدم الفلاح فكان الحديث متعرضا للمولين و لهن بنقص الحال و هذا حق و لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لما ذا يبطل ذلك الحق اه (٦: ٣٩١) و لو راجع بعض الأحباب هذا الكلام لعرف بحقيقة قول الإمام من نصوص أئمة المذهب الأعلام و لم يحتج إلى القيل و القال و التعويل على التأويل الذى ذكره من عند نفسه أو حكاه عن غيره من توجيه المقال.

حجة الحنفية فى جواز قضاء المرأة و إمارتها:

و الأولى أن يستدل لمذهب الحنفية فى جواز قضاء المرأة و إمارتها بقصة عائشة رضى الله عنها فى وقعة الجمل فقد ثبت فى الصحيح عن أبى بكرة قال: لقد نفعنى الله بكلمة أيام الجمل لما بلغ النبى ﷺ أن فارسا ملكوا ابنة كسرى قال: "لن يفلح قوم و لوا أمرهم امرأة" و هذا يدل على أن أصحاب الجمل كانوا قد ولوا أمرهم عائشة رضى الله عنها و أصرح منه ما رواه أبو بكر بن أبى شيبة من طريق عمر بن الهجنع عن أبى بكرة و قيل له: ما منعك أن تقاتل مع أهل البصرة يوم الجمل؟ فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "يخرج قوم هلكى لا يفلحون قائدهم امرأة فى الجنة" (فتح البارى ١٣: ٤٦) و أخرج عمر بن شبة من طريق مبارك بن فضالة عن الحسن أن عائشة أرسلت إلى أبى بكرة فقال: إنك أم و إن حقك عظيم و لكن سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لن يفلح قوم تملكهم امرأة" اه. فتح البارى أيضا فيه أصرح دلالة على كون عائشة قائدة القوم أميرا عليهم و فى القوم عدد عظيم من الصحابة كما لا يخفى و كلهم لم يحمل الحديث على بطلان إمارة المرأة و عدم صحتها بل حمله من حمله على أن ذلك مما لا ينبغى لأنه لا يوجب الفلاح غالبا و لم ينقل عن الصحابة أنهم أنكروا إمارة عائشة رضى الله عنها من حيث الإمارة و حكموا ببطلانها و إنما أنكرها من أنكرها لكون الحق مع على رضى الله عنه عنده فافهم فإنه من المواهب.

و ليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً بالاستخلاف (١) دلالة و لا كذلك القضاء و لو قضى الثاني

كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء و هي أهل للشهادة في غير الحدود و القصاص فهي أهل للقضاء في غيرهما و قال (٢) الأكمل و قيل أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فانه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية فلا يعتبر فيهما شهادتها لذلك و قضاؤها مستفاد من شهادتها انتهى و قال تاج الشريعة قوله و قد مر الوجه أي في كتاب الحدود (و ليس (٣) للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض اليه ذلك) أي الاستخلاف و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله و لو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف و لو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف و لو ولاه و سكت عن الإذن و النهي فعندنا لا يجوز و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و عن الاصطخري من أصحاب الشافعي يجوز إذا ولاه في عمل لا يقدر أن يتولاه بنفسه (لأنه) أي لأن القاضي (قلد القضاء دون التقليد به) أي بالقضاء (فصار) أي حكمه (كتوكيل الوكيل) فإن الوكيل لا يملك التوكيل إلا إذا فوض اليه ذلك لأن مطلق التفويض ليس بإذن الاستخلاف (بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف) أي حيث يجوز له الاستخلاف و إن لم يؤذن له بذلك (لأنه) أي لأن أداء الجمعة (على شرف الفوات لتوقته) أي لتوقت أداء الجمعة بوقت تفوت بانقضائه لان الموانع من إقامتها من المرض و الحدث في الصلاة و غيرهما مع ضيق الوقت تعتريه و لا يمكن انتظار الإمام الاعظم لانها لا تحتمل التأخير عن الوقت (فكان الامر به) أي باقامة الجمعة (إذناً بالاستخلاف دلالة) أي من حيث الدلالة و إن لم يكن صريحًا لكن إنما يجوز ذلك إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح و اعترض (٤) بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جاز و هو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة و أجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة و صار خليفة للاول التحق بمن يشهد الخطبة (و لا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر (و لو قضى الثاني) يعني لو استخلف القاضي بدون الإذن من الإمام و قضى هذا النائب كيف يكون

(١) بالاستخلاف. ن. في الاستخلاف. (٢) قال الأكمل في العناية ص ٣٩١ ج٦. (٣) ليس للقاضي الخ. أطلقه فشمل ما اذا كان بعذر أو لا كما في العناية. (٤) اعترض الخ. كذا في العناية.

بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة و هذا لأنه حضره رأي الأول و هو الشرط و إذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح قال و إذا رفع إلى

حكمه قال المصنف رحمه الله و لو قضى الثاني أي و لو حكم نائبه الذي ولاه (بمحضر من الاول) و هو القاضي المولى من الإمام (أو قضى الثاني) و هو النائب عند غيبة المستنيب (فأجاز الاول) و هو القاضي المستخلف (جاز) إذا كان من أهل القضاء (كما في (١) الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل فوكل و تصرف بحضرة الاول و أجازه الاول جاز (و هذا) أي وجه الجواز (لانه) هذا يصلح ان يكون دليلا للمسألتين أما في هذه المسألة فلأنه أي فلأن الخليفة (حضره رأى الاول) أي رأى القاضي الاول الذي ولاه الخليفة وقت نفوذه لاعتماده على علمه و عمله و الحكم الذي حضر القاضي أو أجازه قضاء حضره رأى القاضي فيكون راضياً به و أما في الوكالة فيجيء في كتابها فإن قيل (٢) الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلفا في الجواز و عدمه و أجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء و ان الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضي و كان رضي الخليفة بتولية القاضي مقيداً به (و هو الشرط) أي حضور رأى الاول هو شرط الجواز (و إذا فوض اليه) اى فوض الاستخلاف الى القاضى (يملكه) أى يملك القاضى الاستخلاف يعنى إذا قال الخليفة للقاضي ول من شئت كان له أن يولي غيره (فيصير الثاني نائباً عن الاصل) أي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض اليه نائباً عن الخليفة (حتى لا يملك الاول عزله) أي القاضى الاول لا يملك عزل القاضي الذي هو نائب القاضي المولى من جهة الخليفة لانه صار قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك القاضي المستنيب عزله و قال الشافعي و احمد رحمهم الله يملك عزله لانه نائبه فصار كوكيله قلنا إنه صار قاضياً من جهة الخليفة فصار كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك صح توكيله على الموكل و صار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل انعزل الاول و الثاني و لو مات الاول لا ينعزل وكيله فكذا اذا عزله الاول (إلا اذا فوض اليه) أى الى القاضى الأول (العزل) أى عزل القاضى النائب بأن قال الخليفة للقاضى المستنيب ول من شئت و استبدل من شئت فحينئذ يملك عزله أو قال جعلتك قاضي القضاة فان قاضي القضاة هو الذى يتصرف فيهم مطلقا تقليدا و عزلا (و إذا رفع الى

---

(١) كما فى الوكالة أى الوكالة بالبيع و النكاح و نحوهما أما الوكيل بالطلاق و العتاق اذا أجاز أو حضر لم يصح لأن المقصود عبارته كما فى المنية كذا فى البحر. (٢) فان قيل الخ. كذا فى العناية ٣٩٢ ج٦.

القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن (١) يكون قولاً لا دليل عليه و في الجامع الصغير و ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه

القاضي حكم حاكم أمضاه) أي نفذه (الا أن يخالف الكتاب) كالحكم بحل متروك التسمية عامداً فانه (٢) مخالف لقوله تعالى "و لا تأكلوا (٣) مما لم يذكر اسم الله عليه" (أو السنة) المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول على مذهب سعيد بن المسيب و سعيد بن جبير رحمهما الله تعالى فان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور و هو حديث العسيلة (أو الاجماع) كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه (أو يكون قولاً لا دليل عليه) قيل*كما اذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي على ذلك و في بعض النسخ بأن يكون و هو (٤) تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً للأدلة المذكورة بسبب أن يكون قولاً لا دليل عليه (و في الجامع الصغير و ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جآء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) أي غير ما قضى به الاول انما ذكر (٥) لفظ الجامع الصغير بهذا اللفظ لان فيه فائدتين: احداهما انه قيد بالفقهاء

---

(١) بأن يكون. ن. أو يكون. (٢) فانه مخالف الخ. بناء على أن الواو في قوله و انه لفسق للعطف و الضمير راجع الى مصدر الفعل الذى دخل عليه حرف النهى أو إلى الموصول و احتمال كونها حالية فتكون قيدا للنهى رد بأن التاكيد بان و اللام ينفيه لأن الحال في النهى مبناه على التقدير كأنه قيل لا تأكلوا منه ان كان فسقا فلا يصلح و انه لفسق بل و هو فسق و لو سلم فلا نسلم أنه قيد للنهى بل هو اشارة الى المعنى الموجب له كلاتهن زيدا و هو أخوك و لا تشرب الخمر و هو حرام عليك نهر موضحها و تمامه في رسالة ابن نجيم المؤلفة في هذه المسألة كذا في الشامية. (٣) و لا تأكلو الآية. الانعام: ١٢١. (٤) و هو تعليل الخ. أقول فيه بحث بل هو احتراز عن الأحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الاجماع لكنها مستندة الى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضا. قال في الكافي بأن يكون قولا لا دليل عليه أى لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل كذا في السعدية. (٥) انما ذكر لفظ الجامع الصغير الخ. و تعقب في فتح القدير: بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف و إنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو لا فإنه أعم من كونه عالماً ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف و ليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ و الكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا حكمه و ليس فيه دليل على أنه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة نعم في الجامع الصغير التنصيص على أنه ينفذه و إن كان خلاف رأيه و كلام القدوري يفيده أيضاً فإنه قال: إذا رفع إليه حكم حاكم و هو أعم ينتظم ما إذا كان مخالفاً لرأيه أو موافقاً اه و في المنحة على البحر ص ٢١ ج٧ قوله:(و إنما مفاده إن ما اختلف فيه الفقهاء الخ) "ما" الموصولة اسم "إن" و "اختلف" صلة الموصول و قوله "فقضى" معطوف عليه و قوله "فإنه أعم الخ" تعليل للتعميم بقوله عالماً أولا و قوله "ثم جاء" معطوف على "قضى" و الإشارة بقوله =>

....

لان القاضي اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه كذا ذكره في فصول الاستروشني محالاً الى المحيط و في الذخيرة لا ينفذه المرفوع إليه على قول العامة و الفائدة الثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك ففي رواية القدوري لم يتعرض بذلك فيحتمل أن قوله أمضاء فيما إذا كان رأي القاضي موافقاً لحكم الأول فإذا كان مخالفاً لا يمضيه فأبانت رواية الجامع بأن ذلك الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان يوافق رأيه أو يخالفه لأن الحكم لاقى مجتهداً فيه و لا ينقض باجتهاد آخر و قد صح عن عمر رضي الله عنه أنه قلد القضاء لأبي الدرداء رضي الله عنه بعد كثرة أشغاله فاختصم إلى أبي الدرداء رضي الله تعالى عنه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضي علي فقال عمر رضي الله عنه لو كنت مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه و ما يمنعك من القضاء فقال عمر رضي الله عنه ليس هنا نص و الرأي مشترك و يروى أن عمر رضي الله عنه

=> "هذا" للقاضي الأول و قوله "أمضاه" خبر "إن" و الضمير فيه عائد للقاضي الآخر هذا و قد نقل في النهر كلام الفتح ملخصاً ثم قال: و أقره في الحواشي السعدية و عندي فيه نظر و ذلك أن الداعي لحمل المشايخ كلام محمد على ما مر أن شرطه أن يكون الحاكم عالماً بالاختلاف حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه و هو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم و لا يمضيه يعني الثاني كما في الشرح وغيره و جزم به في منية المفتي حيث قال: قضى في مجتهد فيه و لا يعلم بذلك لا ينفذ فإنه ذكر في السير الكبير: له مدبرون عتقوا بموته فأثبت رجل ديناً عليه فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد و قضى بجوازه ثم ظهر أنهم مدبرون بطل قضاؤه لعدم علمه بذلك حتى لو علم فاجتهد و أبطل التدبير جاز اه فقوله "و ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي" أي بما اختلف فيه الفقهاء يعني عالماً باختلافهم ليصح قوله أمضاه إذ قد علمت أنه مع غير العلم لا يمضيه فإن قلت في الخلاصة هذا الشرط و إن كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه قلت: كلام محمد إنما هو مبني على ظاهر المذهب اه أقول: لا يخفى أن حاصل كلامه أن الذي أفاد اشتراط العلم بالخلاف هو قوله "أمضاه" و ذلك لا يدفع رد ابن الهمام على الشارحين في دعواهم أنه مستفاد من التقييد بالفقهاء نعم يدفع تعميمه بقوله عالماً أو غير عالم بعد تسليم أن كلام محمد مبني على ظاهر المذهب لا على المفتي به تأمل اه. و في البحر ص ٢٢ ج٧. أقول: لم يفهموا مراد صاحب الهداية انما ذكر عبارة الجامع بعد القدوري ليفيد أن ما في الجامع لا استثناء فيه بل كل مسألة اختلفت فيها الفقهاء فإنها تصير محل اجتهاد فإن قضى قاض بقول ارتفع الخلاف و أما عبارة القدوري فاستثناء كما علمت. و إذا علمت ذلك فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي لمخالفة كتاب أو سنة مشهورة أو إجماع إنما هو على عبارة القدوري و أما على ما في الجامع فلا و علمت من هنا أن من قال لا اعتبار بخلاف مالك و الشافعي اعتمد قول القدوري و من قال باعتبار خلافهما اعتمد ما في الجامع اه و في المنحة على البحر: قوله: (أقول لم يفهموا مراد صاحب الهداية الخ) نقله في النهر و أقره و عبارة الواقعات أدل دليل عليه فجزاه الله تعالى خيرا حيث حقق المقام و أبان المرام.

و الأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ و لا يرده غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول و قد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه و لو قضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان عامدا ففيه روايتان و وجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين و عندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده و عليه الفتوى

استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد رضي الله عنه بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال إن زيداً رضى الله عنه قضى علي و الباقي نحوه و عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضيناه و هذه كما نقضي (و الأصل) في تنفيذ القاضي ما رفع اليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة (أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه) و في بعض النسخ محلاً مجتهداً فيه (ينفذ و لا يرده غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول) في أن كلاً منهما يحتمل الخطأ (و قد ترجح الأول) أي الاجتهاد الأول (باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه) درجة و هو ما لم يتصل القضاء به (و لو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه) حال كونه (ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و إن كان عامدا ففيه روايتان) و في بعض النسخ فعنه أي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان: في رواية لا ينفذ و به كان يفتي شمس الأئمة الأوزجندي لانه زعم فساد قضائه فيعامل في حقه بزعمه و في رواية ينفذ و به كان يفتي الصدر الشهيد و المرغيناني و أشار إلى وجه هذا بقوله (و وجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين) لان كل مجتهد لا يقطع القول بأن الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه بل الامر محتمل عنده فتعين الصواب فيما اتصل به القضاء حملاً لأمر القضاء على الصواب و ذكر في الذخيرة الاختلاف في نفاذ القضاء و في بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله (لا ينفذ في الوجهين) أي النسيان و العمد و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (لأنه قضى بما هو خطأ عنده) لأنه زعم فساد قضائه و المرء مؤاخذ بزعمه قال المصنف (و عليه الفتوى) و كذا في المحيط و ذكر (١) في الفتاوي الصغرى الفتوى

---

(١) ذكر في الفتاوى الخ. و في الفتح: فقد اختلفت الفتوى و الوجه في هذا الزمان أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمدا لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل و أما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره و هذا كله في القاضي المجتهد فأما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اه قال في الشرنبلالية عن البرهان و هذا صريح الحق الذي يعض عليه بالنواجذ اه و قال في النهر و ادعى في البحر ان المقلد اذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة =>

ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا و المراد بالسنة المشهورة منها و فيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض و ذلك خلاف

على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في نفاذ القضاء على خلاف المذهب و في فتاوى ظهير الدين استحق السلطان أن ينقض ذلك (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا) من الكتاب و السنة و الاجماع (و المراد بالسنة المشهورة) (١) بالرفع لأنه خبر لقوله و المراد أي المراد من السنة ليس مطلق السنة بل السنة المشهورة (منها) أي من السنة و المراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى "و لا تنكحوا (٢) ما نكح آباؤكم من النساء" فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب و جاريته التي وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه (و فيما اجتمع عليه) أي في الذي اجتمع عليه (الجمهور) أي جمهور العلماء أي أكثرهم و اجلهم (لا يعتبر مخالفة البعض) أي بعض العلماء هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه و قال (٣) الاكمل ناقلاً عن السغناقي و ينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد و أنكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فأما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السدس بالجمع من الاخوة و في إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفاً للاجماع و هذا هو المختار عند شمس الائمة و لعله اختار المصنف و لا يحمل على قول من يرى أن خلاف الاقل غير مانع لا نعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء (و ذلك) أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور (خلاف) أي مخالفة

=> أو بقول ضعيف نفذ و أقوى ما تمسك به ما في البزازية اذا لم يكن القاضي مجتهدا و قضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ و ليس لغيره نقضه و له نقضه كذا عن محمد رحمه الله تعالى و قال الثاني (أى ابو يوسف رحمه الله تعالى) ليس له نقضه اه و ما في الفتح يجب أن يعول عليه في المذهب و ما في البزازية محمول على رواية منهما إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه و قد مر عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى اه ما في النهر كذا في الشامية. (١) المشهورة. و في الشامية: قيد بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعي و لابد ههنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعي الدلالة و تقييد السنة بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة و إلا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة اذا كان قطعي الدلالة كفر كذا في التلويح و أما اذا وقع الخلاف في أنه مؤول أو غير مؤول فلا بد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا كذا في الفتح (٢) و لا تنكحوا الآية النسآء: ٢٢. (٣)قال الأكمل في العناية ص٣٩٧ ج٦.

و ليس باختلاف و المعتبر الاختلاف في الصدر الأول قال و كل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

للأكثر (و ليس باختلاف) لم يذكر أحد الفرق فيما وقعت عليه من الشروح و الفرق بينهما ان الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً و المقصد واحدا كخلاف الشافعي رحمه الله تعالى و الخلاف هو أن يكون الطريق مختلفاً و المقصد مختلفا فافهم فانه دقيق (و المعتبر (١) الاختلاف في الصدر الاول) و هم الصحابة رضي الله عنهم و في الذخيرة إنما اعتبر الخصافؒ الخلاف بين المتقدمين و المراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم و من معهم من بعدهم من السلف و لم يعتبر الخلاف بيننا و بين الشافعي رحمه الله تعالى و العبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه انتهى و الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعينؒ لا الذى يقع بعدهم فعلى هذا إذا حكم الشافعيؒ أو المالكيؒ برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول و رفع ذلك الى الحاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و كل(٢)شيء قضى به القاضي في الظاهر)أى فيما بينا (بتحريمه فهو في الباطن) أى عند الله (كذلك) أى حرام (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و من صور التحريم ما اذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً و أقامت بينة كاذبة و قضى القاضي بالفرقة و تزوجت بآخر بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أولاً لا يحل للزوج الاول وطئها ظاهراً و باطناً و يحل للثاني ظاهراً و باطناً علم بحقيقة الحال أو لا و على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى آخراً ومحمد والشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله لا يحل للثاني وطئها اذا كان عالماً بحقيقة الحال و من صور التحريم أيضاً صبي و صبية سبيا و هما صغيران فكبرا و

(١) و المعتبر الخ. قال المحقق ابن الهمامؒ في الفتح: و عندى أن هذا لا يعول عليه فان صح أن مالكا و أبا حنيفة و الشافعيؒ مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا و إلا فلا و لا شك أنهم أهل اجتهاد و رفعة اه و فى الدر المختار: و هل اختلاف الشافعي رحمه الله تعالى معتبر الأصح نعم صدر الشريعةؒ اه. (٢)و كل شئ الخ. و فى الدر المختار: و ينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهرا و باطنا حيث كان المحل قابلا و القاضى غير عالم بزورهم فى العقود كبيع و نكاح و الفسوخ كاقالة و طلاق و قالا و زفر و الثلاثة رحمهم الله تعالى ظاهرا فقط و عليه الفتوى شرنبلالية عن البرهان بخلاف الاملاك المرسلة أى المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهرا فقط اجماعا لتزاحم الأسباب حتى لو ذكرا سببا معينا فعلى الخلاف ان كان سببا يمكن إنشاؤه و إلا لا ينفذ اتفاقا كالارث اه و فى رد المحتار: (قوله و عليه الفتوى) نقله أيضا فى القهستانى عن الحقائق و فى البحر عن أبي الليثؒ لكن قال و فى الفتح من النكاح و قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى هو الوجه اه قلت و قد حقق العلامة قاسم رحمه الله تعالى فى رسالته قول الامام رحمه الله تعالى بما لا مزيد عليه ثم أو رد عليه اشكالا و أجاب عنه و عليه المتون اه.

و كذا إذا قضى بإحلال و هذا إذا كانت الدعوى بسبب معين و هي مسألة قضاء القاضي في العقود و الفسوخ بشهادة الزور و قد مرت في النكاح قال و لا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز

أعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر، فجاء حربي مسلماً و أقام بينة أنهما ولداه فالقاضي يقضي بنسبهما و يفرق بينهما فان رجع الشهود أو تبين أنهم زور لا يحل للزوج و طؤها عنده لان القضاء بالحرمة نفذ ظاهراً و باطناً و كذا عند محمد رحمه الله تعالى لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود (و كذا اذا قضى القاضي باحلال) يعني إذا قضى القاضي باحلال شيء في الظاهر فهو في الباطن كذلك و من صوره رجل ادعى على امرأة نكاحاً و هي تجحد فأقام عليها شاهدي زور و قضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج و طؤها و حل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى في قوله الاول و عند محمد و ابى يوسف رحمهما الله تعالى في قوله الاخير و زفر و الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى لا يحل لهما ذلك (و هذا) أى هذا الذى ذكرناه (اذا كانت الدعوى بسبب معين) كنكاح و بيع و طلاق و عتاق لا في الا ملاك المرسلة مثل أن يدعي الملك و لم يذكر السبب فان الحكم فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطناً بالاجماع (و هى مسألة قضاء القاضى فى العقود و الفسوخ بشهادة الزور و قد مرت فى النكاح) و من صور البيع ما اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشترى مثل أن قال بعتنى هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فانه يحل للمشترى وطؤها في الوجهين جميعاً (و لا يقضي (١) القاضي على غائب) و لا يقضى له أيضاً عندنا (إلا (٢) أن يحضر من يقوم مقامه) مثل وكيل الغائب او وصيه (و قال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز) إذا كان غائباً عن البلد أو عن مجلس الحكم إذا كان

---

(١) و لا يقضى القاضى الخ. قال الحافظ العينى رحمه الله تعالى فى عمدة القارى ص ٢٥٥ ج ٢٤. قال ابن بطالؒ أجاز مالك و الليث و الشافعى و ابو عبيد و الجماعة رحمهم الله تعالى الحكم على الغائب و استثنى ابن القاسمؒ عن مالك رحمه الله تعالى ما يكون للغائب فيه حجج كالأرض و العقار إلا أن طالت غيبته أو انقطع خبره و أنكر ابن الماجشونؒ صحة ذلك عن مالك رحمه الله تعالى و قال العمل بالمدينة على الغائب مطلقا حتى لو غاب بعد أن يتوجه عليه الحكم قضى عليه و قال ابن أبى ليلى و أبو حنيفة رحمهما الله تعالى لا يقضى على الغائب مطلقا و أما من هرب أو استتر بعد اقامة البينة فينادى القاضى عليه ثلاثا فان جاء و إلا أنفذ الحكم عليه و قال ابن قدامةؒ (فى المغنى ص ٤٨٥ ج ١١) أجازه أيضا ابن شبرمة و الأوزاعى (و سوار) و اسحاق (و ابن المنذر) رحمهم الله تعالى و هو احدى الروايتين عن احمدؒ و منعه أيضا الشعبى (و القاسم و شريح) و الثورى رحمهم الله تعالىٰ و هى الرواية الأخرى عن احمدؒ. (٢) إلا أن يحضر الخ. أفاد بالاستثناء أن القاضى انما يحكم على الغائب و الميت لا على الوكيل و الوصى فيكتب فى السجل أنه حكم على الميت و على الغائب بحضرة وكيله و بحضرة وصيه جامع الفصولين كذا فى الدر المختار.

لوجود الحجة و هى البينة فظهر الحق و لنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة و لا منازعة بدون الإنكار و لم يوجد و لأنه يحتمل الإقرار و الإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة و لو أنكر ثم غاب فكذلك الجواب لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء و فيه خلاف أبي يوسف رحمه الله تعالى

مستتراً في البلد قولاً واحداً و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و لو كان غائبا عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد فله قولان أصحهما انه لا يحكم عليه بدون حضوره و به قال مالك و أحمد إذ في المستتر تضييع الحقوق و في غيره لا و الثاني انه يجوز (لوجود الحجة و هي البينة فظهر الحق) فيحل للقاضي العمل بمقتضاها (ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة) لأن الشهادة خبر تحتمل الصدق والكذب و لا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة و لهذا إذا كان الخصم حاضراً و أقر بالحق لا حاجة اليها (و لا منازعة دون الإنكار) يعني لا تكون المنازعة إلا بالإنكار (و لم يوجد) أى الانكار فإن قيل قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار اذا حضر الخصم و سكت أجيب بأن الشرع أنزله منكراً حملاً لأمره على الصلاح إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق كذا في المبسوط و الأسرار و الذخيرة فإن قيل وقف الحكم على حضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد لأن المدعى عليه لو حضر فإما أن يقر أو ينكر فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة عليه قلنا بل هو مفيد لأنه يحتمل أن يطعن في البينة و يثبت طعنه بالحجة و يحتمل أنه يسلم الدعوى ثم ادعى الأداء إلى المدعي و يثبت بالحجة (و لأنه) دليل آخر على المطلوب أي و لأن الشأن (يحتمل الإقرار و الإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء) على الحاكم (لأن أحكامهما) أي أحكام القضاء بالبينة و الإقرار (مختلفة) فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع و يظهر في الزوائد المتصلة و المنفصلة فإن الرجل إذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها و ولدها و إن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها لأن البينة حجة مطلقة بخلاف الاقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير (و لو أنكر) أى المدعى عليه (ثم غاب فكذلك الجواب) يعني لا يقضي القاضي في غيبته (لأن الشرط قيام الانكار وقت القضاء) لان البينة إنما تصير حجة بالقضاء و بقاؤه شرط و هو محتمل هنا (و فيه) أي و في الوجه (خلاف أبي يوسف رحمه الله تعالى) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار إلى وقت القضاء و هو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب و أجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات فان قلت احتج الشافعي رحمه الله تعالى بقوله عليه الصلاة و السلام

....

البينة (١) على المدعي فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة زيادة عليه بلا دليل و بحديث (٢) هند رضي الله تعالى عنها حيث قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان أبا سفيان رضي الله تعالى عنه رجل

(١) البينة على المدعي. رواه البيهقيّ في الدعوى و البينات باب البينة على المدعي الخ ص٢٥٣ ج١٠ عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مرفوعا و أخرجه الدارقطنيّ في الأقضية ص٢١٨ ج٤ عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه مرفوعا و في سنده مسلم بن خالد الزنجي تكلم فيه غير واحد من الأئمةّ كما في نصب الراية ص٩٦ ج٤ معزيا إلى التنقيح و أخرجه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوع و في سنده أيضا الزنجي و أخرجه عن عمر رضي الله تعالى عنه مرفوعا و في سنده عبد العزيز بن عبد الرحمن الجزرى قال النسائيّ وغيره: ليس بثقة و قال ابن حبانّ: لا يحل الاحتجاج به و ضرب احمد رحمه الله تعالى على حديثه كما في التعليق المغني على الدارقطني ص٢١٨ ج٤. (٢) بحديث هند رضي الله تعالى عنها الخ. أخرجه البخاريّ في الاحكام باب القضاء على الغائب ص١٠٦٤ ج٢ عن عائشة رضي الله تعالى عنها مرفوعا قلت ليس فيه حجة للشافعيّ وغيره لأن قوله ﷺ. لم يكن من باب القضاء بل من باب الفتوى و إلا لزم أن يجوز القضاء من غير بينة و يمين و من غير استماع كلام الآخر أصلا و هو غير جائز. قال العبد الضعيف: و قال ابن المنير: كان ينبغي للشارح أن يتعقب ذلك بأن لا دليل فيه لأنه خرج مخرج الفتيا و كلام المفتي يتنزل على تقدير صحة إنهاء المستفتي فكأنه قال: إن ثبت أنه يمنعك حقك جاز لك استيفاءه مع الإمكان اه من "فتح الباري" (١٣:١٢٣). و قال ابن التركماني في "الجوهر النقي": ذكر جماعة من المحققين أن ذلك كان فتوى لا قضاء و قال النووي في "شرح مسلم" استدل به جماعات من أصحابنا و غيرهم على جواز القضاء على الغائب و لا يصح الاستدلال به لأن هذه القضية كانت بمكة و كان أبو سفيان حاضراً بها و شرط القضاء على الغائب أن يكون غائباً عن البلد أو مستترا لا يقدر عليه أو متعززًا و لم يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجوداً فلا يكون قضاءً على الغائب بل هو إفتاء انتهى كلامه. و أيضاً فإنه ﷺ لم يستحلفها أنها لم تأخذ النفقة و لم يقدر النفقة بل قال لها: خذي من ماله ما يكفيك و ولدك بالمعروف فجعل التقدير إليها فيما تأخذه و معلوم أن ما كان من فرض النفقة على وجه القضاء لا يكون تقديره إلى مستحقه اه (٢:٧١). و بهذا اندحض كل ما ذكره الحافظ في "الفتح" في حمله على القضاء من قوله: ولأنه لو كانت فتيا لقال مثلا: تأخذ. فلما أتى بصيغة الأمر بقوله: فخذي، دل على الحكم اه فإن دلالته على الحكم أضعف من دلالة قوله: خذي من ماله ما يكفيك و ولدك بالمعروف على الفتيا فإن القضاء لا يكون إلا بالتقدير لا بتفويضه إلى المستحق فافهم. و من أين للحافظ أن يستدل بلفظ الأمر في قوله: فخذي و قد ورد في رواية شعيب عن الزهري في المظالم عند البخاري: لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف مكان قوله: فخذي. و مع ذلك فقد اعترف الحافظ نفسه بأن قول النووي: إن أبا سفيان كان حاضراً بمكة حق و قد سبقه إلى الجزم بذلك السهيلي بل أورد أخص من ذلك و هو أن أبا سفيان كان جالساً معها في المجلس. لكن لم يسق إسناده و قد ظفرت به في طبقات ابن سعد أخرجه بسند رجاله رجال الصحيح إلا أنه مرسل عن الشعبي أن هذا لما بايعت و جاء قوله: و لا يسرقن. قالت: قد كنت أصبت من مال أبي سفيان فقال أبوسفيان: فما أصبت من مالي فهو حلال لك. و أخرج ابن مندة في "المعرفة" من طريق عبد الله بن محمد بن زازان عن هشام بن عروة عن أبيه عن هند فذكر الحديث. و فيه: فلما فرغت قالت: يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل بخيل الحديث قال: ما تقول يا أبا سفيان قال: أما يابساً فلا و أما رطباً فأحله. قال أبو نعيم: تفرد به بهذا السياق عبد الله و هو ضعيف. (قلت: نعم و لكن قد تأيد بمرسل الشعبي المذكور آنفا و بما يأتي) فقد أخرجه الحاكم في =>

و من يقوم مقامه قد يكون نائبا بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي

شحيح فأحتاج أن آخذ من ماله قال خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة و هو غائب قلت حجتنا قوله عليه الصلاة و السلام لعلي رضي الله عنه اذا تقاضا اليك الرجلان فلا تقض حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدرى ما تقضي رواه (١) الترمذي و قال هذا حديث حسن و أما قوله ﷺ البينة على المدعي فدليلنا لأن البينة إسم لما يحصل به البيان و ليس المراد به البيان في حق المدعي لانه حاصل بقوله و لا في حق القاضي لأنه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد و ذلك لا يكون إلا بحضوره و أما الجواب عن حديث هند رضى الله تعالى عنها فهو أنه عليه الصلاة و السلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان رضى الله تعالى عنه ألا ترى أنها لم تقم البينة و قيل كان هذا فتوى و ليس بحكم (و من يقوم مقامه) لما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك بقوله و من يقوم مقامه أئ مقام المدعى عليه الغائب و قيام الحاضر مقام الغائب (قد يكون نائبا بانابته) أى بانابة الغائب (كالوكيل (٢) أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي) قيد به احترازاً

تفسير الممتحنة من المستدرك عن فاطمة بنت عتبة أن أبا حذيفة ابن عتبة ذهب بها و بأختها هند يبايعان فلما اشترط: و لا يسرقن قالت هند: لا أبايعك على السرقة إنى أسرق من مال زوجى فكف حتى أرسل إلى أبى سفيان يتحلل لها منه فقال: أما الرطب فنعم أما اليابس فلا كذا فى "فتح البارى" (٩: ٤٤٥ و ٤٤٧). و الحديث أخرجه الحاكم فى "المستدرك" (٢: ٤٨٦) مطولا و فيه: فقالت هند: لا أبايعك على السرقة إنى أسرق من مال زوجى فكف النبى ﷺ يده و كفت يدها حتى أرسل إلى أبى سفيان فتحلل لها منه فقال أبو سفيان: أما الرطب فنعم أما اليابس فلا و لا نعمته الحديث. قال: حديث صحيح الإسناد و أقره الذهبى على تصحيحه و بعد ذلك فلا حجة فيه على جواز القضاء على الغائب بوجه ما و العجب من الحافظ كيف نسى كل ما ذكره فى كتاب النفقات حين وصل إلى باب القضاء و الأمر كله بيد الله سبحانه. (١) رواه الترمذىّ فى الأحكام باب ما جآء فى القاضى لا يقضى بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ص١٥٩ ج١ و أبوداؤدّ فى القضاء باب كيف القضاء ص١٤٨ ج٢ و سكت عنه و وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لما نهى رسول الله ﷺ عن القضاء من غير سماع كلام الآخر حضور الخصمين فعند غيبة أحدهما أولى أن لا يقضى عليه. أقول و حجتنا أيضا ما رواه أبو داؤدّ فى القضاء باب كيف يجلس الخصمان بين يدى القاضى ص١٤٩ ج٢ عن عبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنه قال قضى رسول الله ﷺ أن الخصمين يقعدان بين يدى الحَكم و سكت عنه أبو داؤد و وجه الاستدلال بهذا الحديث أنه لما قضى رسول الله ﷺ باقعاد الخصمين بين يدى الحكم لزم منه حضورهما و لزم منه امتناع القضاء على الغائب و امتناع القضاء على الغائب أمر عقلى أيضا لأن فى القضاء على الغائب فسادا عظيما كما لا يخفى. (٢) كالوكيل الخ أطلق فى الوكيل فشمل ما اذا كان وكيلا فى الخصومة و الدعوى و ما اذا كان وكيلا للقضاء كما اذا أقيمت البينة عليه فوكل ليقضى عليه ثم غاب كما فى القنية و في البزازية من اليمين: ادعى أنه وكيل الغائب بقبض الدين أو العين إن برهن على الوكالة و المال قبلت و إن أقر بالوكالة و أنكر المال لا يصير خصماً و لا تقبل البينة على المال لأنه لم يثبت كونه خصماً بإقرار المطلوب لأنه ليس بحجة في حق الطالب =>

و قد يكون حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر و هذا في غير صورة في الكتب

عن المسخر من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين و هو الذى ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه و كذا لو أحضر المدعي رجلا غير الخصم ليسمع القاضي الخصومة عليه و القاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه و لا على المسخر و انما يجوز نصب القاضى الوكيل عن خصم اختفى في بيته و لا يحضر مجلس الحكم و لكن بعد أن يبعث أمنائه إلى باب داره فينادى علي باب داره و يقول احضر مجلس الحكم و إلا يحكم عليك أما في غير ذلك الموضع فلا (و قد يكون حكماً) هذا عطف على قوله قد يكون بإنابته أى قد يكون من يقوم مقامه حكماً أى من حيث الحكم (بأن كان ما يدعي على الغائب سببا) لا محالة (لما يدعيه على الحاضر) أما إذا كان سبباً في وقت دون وقت لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب أن زوجك وكلني أن أحملك اليه فقالت قد طلقني ثلاثاً و برهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب و أنكر الطلاق أعادت البينة و أما صور كون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر فكثيرة منها رجل أقام بينة على آخر أن هذه الدار له إشتراها من فلان الغائب و هو يملكها و ذو اليد غصبها منه و هو ينكر قبلت بينته و يكون ذلك قضاء على الحاضر و الغائب حتى لو حضرت الغائب و أنكر البيع لا يلتفت إلى إنكاره لأن الشراء من المالك سبب لما يدعى على الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار إنكاره كإنكار الغائب (و هذا) أي ما يدعى على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر (في غير صورة في الكتب) و لهذا قال الشيخ الإسلام و تفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الآن

=> و إن أقر بالمال و أنكر الوكالة لا يستحلف على الوكالة لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة و لم توجد لعدم ثبوت الوكالة. و ذكر الخصاف أنه يحلف على الوكالة و الأول أصح و لو أنكر الكل فهو كإنكار الوكالة وحدها و لو أقام البينة على المال و الوكالة تقبل عند الامام لأن الوكيل بقبض الدين خصم و فصل الوصاية فى المال كفصل الوكالة إلا في فصل و هو أنه إذا ادعى أن فلاناً الميت أوصى إليه بحفظ ماله و قبضه و له كذا عند هذا الحاضر فأقر الحاضر بالكل يؤمر بتسليم الدين و العين بخلاف الوكالة و إن أقر بالوصاية و الموت و أنكر المال يحلف و إن أقر بالمال و الموت و أنكر الوصاية ينصب القاضي وصياً و لا يحلفه لما ذكرنا أن دعوى الوصاية ليست بلازمة و إن أقر بالوصاية و المال وأنكر الموت يحلفه على علمه كما في الوارث و إن أقام بينة على كل ذلك تقبل في الكل اه. و فيها من التاسع في نصب الوصي الخصم في إثبات الوصاية الوارث البالغ أو مديون الميت أو الموصى له. و اختلفوا في ابن الميت فهو خصم على ما ذكره الخصاف و خالفه بعض المشايخ و لا تثبت بإقرار مديون الميت أو مودعه و إذا ثبتت الوصاية بالبينة لمدعي الدين ثم حضر غريم آخر أو موصى له آخر لا يقضى للثاني بينة الأول و عند الثاني يقضى و في الوصية بأنواع البر يكتفى بتلك البينة بالإجماع اه. كذا فى البحر.

أما إذا كان شرطاً لحقه فلا يعتبر به في جعله خصماً عن الغائب و قد عرف تمامه في الجامع قال و يقرض القاضي أموال اليتامى و يكتب ذكر الحق

و منها إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه و أقر المدعى عليه بالكفالة و أنكر الحق فبرهن انه ذاب له على فلان ألف درهم فإنه يقضى بها فى حق الكفيل الحاضر و فى حق الغائب جميعا و منها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان و قال ذو اليد ما اشتريتها من أحد و الدار داري و برهن المدعي أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب و هو يمكلها و أنه شفيعها يقضى بالشراء في حق ذى اليد و الغائب جميعاً (أما إذا كان شرطاً) يعني أما إذا كان ما يدعى على الغائب شرطاً (لحقه) أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فادعت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته و أقامت على ذلك بينة فلا تصح هذه البينة و لا يقضي بوقوع الطلاق عليها أشار بقوله (فلا يعتبر به في جعله خصما عن الغائب) و هو (١) قول عامة المشايخ لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب و قال فخر الإسلام البزدوى و شمس الأئمة الاوزجندي أن البينة تقبل و يجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط فإن قيل أ ليس لو قال لها إن دخل فلان الدار فأنت طالق، فأقامت المرأة البينة أنه دخل و فلان غائب كانت البينة صحيحة و الجواب إنما صحت هناك لأنه ليس فيها إبطال حق الغائب فلا يكون قضاء على الغائب (و قد عرف تمامه) أي تمام هذا المذكور من المسألة (في الجامع) أى الجامع الصغير (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و يقرض (٢)) من الإقراض بالضاد المعجمة (القاضي أموال اليتامى) قال (٣) تاج الشريعة أي إلى الثقات و الثقة المليء (٤) الحسن المعاملة و في الاقضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم تحصل غلة لليتيم أما إذا وجدت فلا يملكه هكذا روي عن محمد رحمه الله (و يكتب ذكر الحق) أي يكتب كتاباً و هو الصك لأجل ذكر

(١) و هو قول عامة المشايخ و هو الأصح كذا فى الدر المختار ص٨٠ج٢ و البحر ص٣٦ج٧. (٢) يقرض الخ. أى يستحب للقاضى الاقراض كذا فى البحر و ليس للقاضى أن يستقرض ذلك لنفسه. و فى الفتاوى العتابية و لا يشتريه و روى أنه ان كان فيه خير جاز كذا فى الهندية معزيا إلى التتار خانية. (٣) قال تاج الشريعة الخ. و فى الهندية: و ينبغي أن يقرض قوما ثقات قال و شرط الثقة شيئان الملاءة و حسن الخروج عن معاملة الناس و حقوقهم و أن لا يكون لجوجا و بعض مشايخنا شرطوا شرطا ثالثا و هو أن يكون من أهل المصر و له دار يسكنها و لا يكون غريبا صاحب حجرة و ان كان ذا مال كذا فى الذخيرة. (٤)الملئ. و فى المصباح: رجل ملئ على فعيل غنى مقتدر و يجوز الإبدال و الإدغام اه كذا فى البحر.

لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة و القاضي يقدر على الاستخراج و الكتابة لتحفظه و إن أقرض الوصي ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج و الاب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

الحق و هو الاقراض (لأن في الإقراض) أي في إقراض أموالهم (مصلحتهم) أي مصلحة اليتامى (لبقاء الأموال محفوظة) فإن القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه (مضمونة) لأن بالقرض تصير أموالهم مضمونة فيقرضها بخلاف الوديعة فإنه و إن حصل الحفظ بها فليست بمضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة فإن (٥) قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى لجحود المستقرض أجاب المصنفؒ عن هذا بقوله (و القاضي يقدر على الاستخراج) لكونه معلوماً له (و الكتابة لتحفظه) أي لتحفظ القاضي يعني يحصل الحفظ بالكتابة و ينتفي النسيان بها (و إن أقرض (١) الوصي) أي مال اليتيم (ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج) لبقاء مخافة التوى و إن كان الحفظ و الضمان موجودين (و الأب) في إقراض مال الصغير (بمنزلة الوصي) حيث لا يجوز له الإقراض (في أصح الروايتين) و هو اختيار الإمام فخر الإسلام و الصدر الشهيد و العتابي رحمهم الله تعالى (لعجزه) لعجز الاب (عن الاستخراج) و في رواية (٢) يجوز له ذلك لان ولاية الأب تعم المال و النفس كولاية القاضي و شفقته تمنعه من ترك النظر له و الظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده و إن أخذه الاب قرضاً لنفسه قالوا يجوز و روى الحسنؒ عن أبي حنيفةؒ أنه ليس له ذلك.

---

(٥) فان قيل الخ. كذا في العناية ص٤٠٥ ج٦. (١) ان أقرض الوصي الخ. قيد بالاقراض لأن الوصي يملك البيع نسيئة كما ذكروه في الوصايا. و في جامع الفصولين: و لو أقرض الوصي لا يعد خيانة فلا يعزل به اه. و أطلق في الوصي فشمل وصي القاضي كما في جامع الفصولين. و فيه ايضا لو استقرض الوصي مال اليتيم و ربح به ثم أنفق عليه مدة يكون متبرعا اذا صار ضامنا فلا يتخلص ما لم يرفع أمره إلى الحاكم و الأصح أن الوصي لا يملك أن يستقرض ماله و قيل يملكه لو مليا اه. و في شرح أدب القضاء: قالوا: الوصي يملك الايداع لا القرض و يجب أن يستثنى من عدم جواز إقراض الأب و الوصي المعتمد إقراضه للضرورة كحرق و نهب فيجوز اتفاقا. و اختلفوا في إعارة الأب مال ولده الصغير و في الصحيح لا. و في الخزانة: اذا آجر الأب أو الوصي أو الجد أو القاضي الصغير في عمل من الأعمال التي تليق به فالصحيح جوازها و ان كانت بأقل من أجرة المثل. هذا ملخص ما في للبحر.
(٢) و في رواية الخ. و لم أرحكم الجد في جواز إقراضه على رواية جوازه للأب و الظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أب الأب كالأب إلا في مسائل كذا في البحر.

باب التحكيم

(باب التحكيم)

أي هذاباب في بيان التحكيم و هو مصدر من حكم بالتشديد يقال حكمه أي فوض اليه الحكم و هو أيضاً من أنواع القضاء إلا أنه أخر ذكره لان حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي و لهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينمى اليه أبطله و لهذا لا يجوز حكمه في الحدود و القصاص بخلاف حكم القاضي و يجوز حكم القاضي رضى الخصم بذلك أم لا و لا يجوز حكم المحكم إلا برضي الخصمين و هو مشروع بالكتاب و السنة و الإجماع أما الكتاب (١) فقوله تعالى "فابعثوا

(١) أما الكتاب الخ. و في البحر: وجوازه بالكتاب "فابعثوا حكماً من أهله و حكماً من أهلها" (النساء: ٣٥) و فيه نظر كذا في فتح القدير من غير بيانه. و وجهه أن كلاً من المحكمين لم يتراضيا عليه خصوصاً أن الضمير في قوله "فابعثوا" عائد إلى الحكام العائد إليهم ضمير "فإن خفتم" و لأن الحكم عندنا إنما يصلح فقط و ليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل فلم يكن من هذا القبيل. و بالسنة كما رواه النسائي قال أبو شريح: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه الصلاة و السلام: ما أحسن هذا. و أجمع على أنه ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ. و روي أنه كان بين عمر و أبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد فقال لعمر: هلا بعثت إلي فأتيتك يا أمير المومنين فقال عمر في بيته يؤتى الحكم فدخلا بيته فألقى لعمر وسادة فقال عمر: هذا أول جورك. وكانت اليمين على عمر فقال زيد لأبي: لو أعفيت أمير المؤمنين فقال عمر: يمين لزمتني فقال أبي: نعفي أمير المؤمنين و نصدقه. و ليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس و إنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبيس و فيه جواز التحكيم و أن زيداً كان معروفاً بالفقه. و ظاهر ما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء أن الحكم من الإمام بمنزلة القاضي المولى اهـ. فعلى هذا إذا رفع حكمه إلى قاض لا يراه أمضاه فليحفظ. و في المحيط: الإمام الذي استعمل القاضي أمر رجلاً ممن تجوز شهادته أن يحكم بين رجلين جاز و هو بمنزلة القاضي المولي و لو أمر القاضي رجلاً أن يحكم بين رجلين لم يجز إذا لم يكن مأذوناً بالاستخلاف إلا ان يجيزه القاضي بعد الحكم أو يتراضى عليه الخصمان كذا في المحيط. و روي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه و يأخذ بركابه عند ركوبه و قال: هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا، فقبل زيد يده و قال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا. و فيه أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه و أنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته و لا يبعث إليه ليأتيه و ان كان أوجه الناس. و أما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله ﷺ "إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه" و بسط النبي ﷺ رداء لعدي بن حاتم و أن الخليفة ليس كغيره و اجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول، و انه لا بأس بالحلف صادقاً و امتناع عثمان حين لزمته كان لامر آخر و أن اليمين حق المدعي على المدعى عليه له أن يستوفيها و تسقط باسقاطه كذا في فتح القدير تبعاً لما في النهاية. و في البزازية: و بعض علمائنا كانوا يقولون أكثر قضاة عهدنا في بلادنا أكثرهم مصالحون لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة و يجوز أن يجعل حكماً بترافع القضية إليهم. و اعترض عليه بعضهم بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه قاض ماضي الحكم و رفع الدعوى عليه قد يكون بالاشخاص و الجبر فلا يكون =>

و إذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما و رضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما و ينفذ حكمه عليهما و هذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم، لانه بمنزلة القاضي

حكماً من أهله و حكماً من أهلها" فلما جاز التحكيم بين الزوجين دل على جوازه في سائر الخصومات و أما السنة فما روى عن شريح بن هاني عن أبيه أنه لما وفد الى رسول الله ﷺ و سمعهم و هم يكنون هانئا أبا الحكم فدعاه رسول الله ﷺ فقال له ان الله هو الحكم و اليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم قال إن قومي إذا اختلفوا في شيء آتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين قال ما أحسن من هذا رواه (١) النسائيّ و أما الإجماع فإن الصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم (و إذا حكم رجلان رجلا (٢) فحكم بينهما و رضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما و ينفذ حكمه عليهما) و لا ينفذ على غيرهما حتى لو ظفر المشترى بعيب فحكم هو و البائع رجلا فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه و لو اصطلح البائع الاول و الثاني و المشترى جميعاً على حكمه يرده على البائع الاول استحساناً و لو اختصم الوكيل بالبيع و المشترى منه في العيب و اصطلحا على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله لزم الآمر في رواية و في رواية لزم الوكيل دون الآمر و إن كان عيب يحدث مثله يلزم الوكيل إلا إذا حكماه برضا الآمر كذا في المحيط (و هذا) أي و هذا الذي ذكرناه إنما يصح (إذا كان المحكم) بتشديد الكاف الفتوحة (بصفة الحاكم) المولّي (لانه) أي لان الحكم (بمنزلة القاضي

=> حكماً ألا ترى أن البيع ينعقد بالتعاطي ابتداء لكن إذا تقدم بيع باطل أو فاسد و ترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه على سبب آخر كذا هنا و لهذا قال السلف: القاضي النافذ حكمه أعز من الكبريت الأحمر اهـ. و ذكر الشيخ عبد القادر في الطبقات أن الإمام أحمد الدامغاني تلميذ الطحاوى و الكرخي لما تولى القضاء بواسط كان يقول للخصمين أنظر بينكما فإن قالا نعم نظر و تارة يقول أحكم بينكما اه. و في المنحة على البحر: قوله: (كان يختلف إليه) أي إلى زيد رضى الله تعالى عنه. و رأيت بخط شيخ مشايخنا منلا علي التركماني أمين الفتوى بدمشق على هامش نسخته البحر التي بخطه: أنشدني أخونا الفاضل المحدث الشيخ عبد الكريم الشراباني قال: أنشدني الشيخ علي الدباغ الحلبي باموي حلب:

خدمة أهل العلم مسنونة قد سنها آل النبي النجاب
هذا ابن عباس على فضله أمسك من بغلة زيد الركاب

قوله: (و اجتهاد عمر) أى حيث جعل إلقاءه الوسادة جواراً و المراد بالحالة حالة الحكومة و المراد بالأول الحديث السابق. (١)رواه النسائيّ في أدب القضاة (باب) اذا حكموا رجلا فقضى بينهم ص٣٠٣ ج٢.
(٢)رجلا. و في البحر: قوله "رجلا" مثال و المراد انسانا معلوما فلوحكما أول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا لجهالة الصلح عليه كذا في المحيط.

فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء و لا يجوز تحكيم الكافر و العبد و الذمي و المحدود في القذف و الفاسق و الصبي لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة و الفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى و لكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً

فيما بينهما) أي فيما بين المحكمين و اعترض (١) بانه لو كان كذلك لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق و الإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لكنها وقعت فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده و أجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين و المقصود به قطع المنازعة و الصلح لا يعلق و لا يضاف بخلاف القضاء و الامارة لانه تفويض (فيشترط اهلية القضاء) هذا نتيجة قوله لانه بمنزلة القاضي فلذلك ذكره بالفاء أي يشترط أهلية القضاء وقت التحكيم و وقت الحكم حتى لو حكما عبداً فعتق أو صبياً فبلغ أو ذمياً فأسلم ثم حكم لا ينفذ حكمه كما في المولى و كذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد العياذ بالله لا ينفذ حكمه كذا في المغني و المحيط (و لا يجوز تحكيم الكافر و العبد و الذمي و المحدود في القذف و الفاسق و الصبي) هذا لفظ القدوري في مختصره و هذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول لانه لو جعل من قبيل اضافة المصدر إلى الفاعل ينقلب حكم المسألة فان ذلك جائز و في المغني يجوز تحكيم المكاتب و العبد المأذون كالحر و تحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين أما لو كان الذمي حكما فيما بين الذميين يجوز لانه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين (لانعدام أهلية القضاء) أي في المذكورين (إعتباراً بأهلية الشهادة) أي لاجل الاعتبار بأهلية الشهادة فإنهم غير أهل الشهادة و القضاء مبني عليها (و الفاسق) مبتدأ (إذا حكم) على صيغة المجهول بتشديد الكاف (يجب أن يجوز) خبر المبتدأ (عندنا) خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (كما مر في المولى) أي في القاضي الفاسق المولى في اول كتاب أدب القاضي يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياسا على الفاسق إذا ولي القضاء و لكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء و كذا لا يحكم الفاسق و قد مر الكلام فيه مستوفى هناك (و لكل واحد من المحكمين) بتشديد الكاف المكسورة و فتح الميم (أن يرجع ما لم يحكم) أي المحكم (عليهما) أي على المحكمين (لانه) أي لان المحكم (مقلد) بفتح اللام المشددة (من جهتهما) أى من جهة المحكمين (فلا يحكم إلا برضا هما جميعاً) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية و

---

(١) اعترض الخ. كذا في العناية.

و إذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما و إذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه و إن خالفه أبطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه و لا يجوز التحكيم في الحدود و القصاص

أحمد رحمه الله تعالى في وجه (و إذا حكم) أى المحكم (لزمهما) أى لزم المحكمين ما حكم به (لصدور حكمه) أى حكم المحكم (عن ولاية عليهما) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و عن الشافعي رحمه الله تعالى لا بد من تراضيهما بعد الحكم و هو اختيار المزنيّ (و إذا رفع حكمه) أى حكم المحكم (الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لأنه لا فائدة في نقضه) أى في نقض القاضي حكم هذا المحكم (ثم في إبرامه) أى في حكمه قطعا (على ذلك الوجه) أى الوجه الذى حكم به المحكم و فائدة (١) امضاء حكم المحكم انه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه و لو لم يمضه لتمكن لأن امضاء الأول بمنزلة حكم نفسه (و ان خالفه أبطله) أى و ان خالف حكم المحكم مذهب الحاكم الذى رفع اليه أبطل حكم المحكم (لأن حكمه) أى حكم المحكم (لا يلزمه) أى لا يلزم الحاكم (لعدم التحكيم منه) أى من الحاكم بخلاف حكم الحاكم فانه لا يبطله الثاني و ان خالف مذهبه لعموم و لايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده و عند مالك و ابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى حكم المحكم في المجتهدات نافذ كالمولى فلا يبطله و ان خالف رأيه الا ان يكون جوراً بينا لم يختلف فيه أهل العلم (و لا يجوز (٢) التحكيم في الحدود و القصاص) هذا

(١)و فائدة امضاء الخ. و استفيد من كلامهم هنا و في مواضع أن التنافيذ الواقعة في زماننا لا اعتبار بها اذا كانت بغير دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر. و في البزازية: المحكم اذا حلف لا يملك المدعى أن يحلف ثانيا عن القاضي لأنه استوفى حقه على التمام اه. و في المحيط: حكم رجلا فاجاز القاضي حكومته قبل أن يحكم ثم حكم بخلاف رأى القاضي لم يجز لأن القاضي أجاز المعدوم و إجازة الشئ قبل وجوده باطل فصار كأنه لم يجز اه. كذا في البحر (٢)و لا يجوز التحكيم الخ. إعلم أن حكم المحكم يخالف حكم القاضي في مسائل: ١ :منها أنه لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح على أحد القولين بخلاف المحكم. ٢:و منها أنه لا بد من تراضيهما على كونه حكما بخلاف القاضي. ٣:و منها أن التحكيم لا يصح في حد و قود و دية على العاقلة. ٤:و منها أن لكل واحد منهما عزله قبل الحكم. ٥:و منها أنه لا يتعدى حكمه في الرد بالعيب إلى بائع البائع. ٦:و منها أنه لا يفتى بحكمه في فسخ اليمين المضافة و نحوها. ٧:و منها أنه لا يصح إخباره بحكمه بخلاف القاضي. ٨:و منها أنه لو خالف حكمه رأى القاضي أبطله. ٩:و منها أنه ليس له التفويض إلى غيره. ١٠:و منها أن الوقف لا يلزم بحكمه. ١١:و منها أنه لا يجوز تعليقه و لا إضافته عند أبي يوسف رحمه الله تعالى. ١٢:و منها أنه لا يتعدى حكمه إلى الغائب لو كان ما يدعى عليه سببا لما يدعى على الحاضر. ١٣:و منها أنه لا يجوز كتابه إلى القاضي كعكسه. ١٤:و منها أنه لا يحكم بكتاب قاض إلا اذا رضي الخصمان. ١٥:و منها أنه لا يتعدى حكمه من وارث إلى =>

لانه لا ولاية لهما على دمهما و لهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا و تخصيص الحدود و القصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق و النكاح و غيرهما

مذهب الخصافؒ فانه قال التحكيم لا يجوز في الحدود و القصاص و اختاره القدوريؒ في مختصره و كذلك اختاره المصنفؒ و المراد بالحدود التي هي الواجبة حقًا لله تعالى و أما في حد القذف و القصاص فقد اختلفت الروايات فيهما فقال شمس الأئمة السرخسيؒ في شرح أدب الخصاف من أصحابنا من قالوا إنه لا يجوز هذا في الحدود الواجبة حقا لله تعالى لأن الامام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى و أما في القصاص و حد القذف فيجوز التحكيم لأن الاستيفاء إليهما و في الذخيرة: و يجوز التحكيم في القصاص لأنه من حقوق العباد و عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز في غير الاموال و يجوز في الأموال و ما في معناها و به قال مالك رحمه الله تعالى حتى لا يجوز في حد و لا في لعان و لا في قصاص و قذف او طلاق أو عتاق او نسب او ولاء لانها مبنية على الاحتياط فيتعين القاضي المولّى كالحدود (لأنه لا ولاية لهما على دمهما) هذا دليل القصاص و لم يذكر دليل الحدود اى لأن الشأن لا ولاية للمحكمين على دمهما (و لهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما) و لو علل المصنفؒ مثل ما علل لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة و الحدود و القصاص لا تستوفى بالشبهات لكان أشمل (قالوا) أي المشايخ من المتأخرين (و تخصيص) القدوريؒ (الحدود و القصاص يدل علي جواز التحكيم في سائر (٣) المجتهدات كالطلاق و النكاح و غيرهما) كالكنايات في

=> الباقي و الميت. ١٦:و منها أنه لا يتعدى حكمه على وكيل بعيب المبيع إلى موكله. ١٧:و منها أنه لا يصح حكمه على وصى صغير بما فيه ضرر على الصغير. ١٨:و منها أنه لا يتقيد ببلد التحكيم بل له الحكم فى البلاد كلها. ١٩:و منها أنه لو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه وكل زيدا بالخصومة إلى قاضى الكوفة و الآخر إلى قاضى البصرة تقبل لا لو شهد أحدهما بذلك إلى الفقيه فلان و الآخر إلى الفقيه فلان آخر لأن الحكم متوسط و قد يكون أحد المحكمين أحذق من الآخر فلا يرضى الموكل بالآخر بخلاف ما لو كان المطلوب نفس القضاء فانه لا يختلف. ٢٠:و منها أنه لو ارتد انعزل فاذا أسلم فلا بد من تحكيم جديد بخلاف القاضى. ٢١:و منها أنه لو رد الشهادة بتهمة فلغيره قبولها. ٢٢:و منها أنه ينبغى أن لا يلى الحبس. ٢٣:و منها أن القضاء يتعدى إلى الكافة فى أربع الحرية و النسب و النكاح و الولاء و يجب أن لا يتعدى حكمها من المحكم فتسمع دعوى الملك فى المحكوم بعتقه من المحكم بخلاف القاضى. ٢٤:و منها أنه ينعزل بقيامه من المجلس فهى أربعة و عشرون هذا ملخص ما فى البحر ص٤٦ ج٧ و الشامية ص٣٨٩ ج٤. فاحفظها و كن من الشا كرين. (٣) سائر المجتهدات أى المسائل التى. يسوغ فيها الاجتهاد من حقوق العباد كالطلاق و العتاق و الكتابة و الكفالة و الشفعة و النفقة و الديون و البيوع بخلاف ما خالف كتابا أو سنة او إجماعا كذا فى الشامية.

و هو صحيح إلا أنه لا يفتى به و يقال يحتاج إلى حكم المولّى دفعا لتجاسر (١) العوام فيه و إن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم إذ لا (٢) تحكيم من جهتهم و لو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي و يقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه و مخالف للنص أيضاً إلا إذا ثبت القتل بإقراره

جعلها رجعية و الطلاق المضاف و هو الظاهر عند أصحابنا لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى و قالوا يحتاج إلى حكم المولى كما في الحدود و القصاص كيلا يتجاسر العوام كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي و في الذخيرة و فتاوى العتابي يجوز حكم المحكم في اليمين المضافة لكن لا يفتي كيلا يتجاسر الناس و قال شمس الأئمة الحلواني مسألة حكم المحكم تعلم و لا يفتى بها و كان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا الفصل و لا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا (و هو صحيح) أي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح لأنه هو الظاهر عن أصحابنا (إلا أنه لا يفتى به و يقال) عند السؤال (يحتاج إلى حكم المولى) أي القاضي المولى (دفعاً) أي للدفع (للتجاسر من العوام فيه) و قد ذكرناه (و إن حكماه) أي و إن حكم المحكمان المحكم (في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له) أي للمحكم (عليهم) أي على العاقلة (لعدم التحكيم من جهتهم) و حكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين (و لو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي و يقضي بالدية على العاقلة لأنه) أي لأن حكم المحكم على القاتل (مخالف لرأيه) أي لرأي القاضي (و مخالف للنص أيضاً) و هو حديث (٣) حمل بن مالك رضي الله تعالى عنه قوموا قدوه كما سيأتي في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى (إلا إذا ثبت القتل بإقراره) هذا استثناء من قوله رده القاضي أي رد القاضي قضائه بالدية في ماله إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل فحينئذ يجوز

(١) لتجاسر العوام ن. للتجاسر من العوام. (٢) اذ لا تحكيم. ن. لعدم التحكيم. (٣) حديث حمل بن مالك رضى الله تعالى عنه الخ. رواه الطبرانى فى معجمه قال حدثنا محمد بن أبى عبد الله بن أبى ليلى حدثنى ابن أبى ليلى عن الحكم عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلى رضى الله تعالى عنه كانت عنده إمرأة فتزوج عليها أخرى فتغايرتا فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فطرحت ولدا ميتا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: دوه فجآء وليها فقال: أ ندى من لا شرب و لا أكل و لا استهل فمثل ذلك بطل. فقال رجز الأعراب نعم دوه. فيه غرة عبد أو وليدة و رواه أيضا باسناد آخر قال حدثنا على بن عبد العزيز ثنا عثمان بن سعيد المرى ثنا المنهال بن خليفة عن سلمة بن تمام عن أبى المليح الهذلى عن أبيه قال كان فينا رجل يقال له حمل بن مالك رضى الله تعالى عنه الحديث اه قال الهيثمى فى مجمع الزوائد ص ٣٠٠ ج٦: رواه الطبرانى و البزار باختصار كثير و المنهال بن خليفة وثقه أبو حاتم و ضعفه جماعة و بقية رجاله ثقات اه كذا فى نصب الراية مع الهامش ص ٣٨١ ج٤.

لان العاقلة لا تعقله و يجوز أن يسمع البينة و يقضي بالنكول و كذا بالإقرار لانه حكم موافق (١) للشرع و لو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود و هما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة و لو (٢) أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل و حكم الحاكم لابويه و زوجته و ولده باطل و المولى و المحكم فيه سواء و هذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء و لو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما

الحكم بالدية في مال القاتل (لأن العاقلة لا تعقله) أي لا تعقل الإقرار و لا الصلح و لا العمد (و يجوز أن يسمع) أي المحكم (البينة و يقضي بالنكول) هذا لفظ القدوري و قال المصنف (و كذا بالإقرار لأنه) أي لأن كل واحد من سماع البينة و القضاء بالنكول و بالإقرار (حكم يوافق الشرع) لأنه ليس الحكم إلا بواحد من هذه الأشياء (و لو اخبر) أي المحكم (بإقرار أحد الخصمين) بأن يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي بينة عليك لهذا بكذا فعدلوا عندى و قد ألزمتك ذلك و حكمت به لهذا عليك فانكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء لا يلتفت إلى قوله و قضى القاضي و نفذ لان المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك (و هما) أي و الحال أن المحكمين (على تحكيمهما يقبل قوله) أي قول الحكم (لأن الولاية قائمة) فيملك إنشاء الحكم و يملك الإخبار بهذه الأشياء (و إن أخبر بالحكم) بأن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل) لأنه لما حكم صار معزولاً و لا يقبل قوله إني حكمت بكذا كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا لا يقبل قوله فكذا هذا (و حكم الحاكم لأبويه (٣) و زوجته و ولده باطل و المولى) أي القاضي المولى (و المحكم) أي الذي جعل حكماً (فيه) أي في بطلان الحكم (سواء و هذا) أي بطلان الحكم (لانه) أي لأن الشأن (لا تقبل شهادته) أي شهادة المحكم (لهؤلاء) أي للوالدين و الولد و الزوجة (لمكان التهمة) و هو ظاهر (فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء) إذا قضى عليهم (و لو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما) حتى لو حكم أحدهما و لم يحكم الآخر

(١)موافق للشرع. ن. يوافق الشرع. (٢)و لو. ن. و إن. (٣)لأبويه الخ. قيد بالأصول و الفروع لأن الحكم للإخوة و أولادهم و الأعمام جائز لأن شهادته لهم جائزة و كذا لأبي امرأة و زوج ابنته اذا كان حيا لا إن كان ميتا كذا في البحر.

لانه أمر يحتاج فيه الى الرأي و الله أعلم بالصواب

مسائل شتي من كتاب القضاء

لا يجوز (لأنه) أي لأن التحكيم (أمر يحتاج فيه إلى الرأي) لأن رأي الواحد ليس كرأي الاثنين و لا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لأنهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه (و الله أعلم بالصواب) و في المحيط و لو حكما حراً و عبداً فحكما لم يجز و لو حكم مسلم و مرتد رجلاً فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما و لو أمر الإمام رجلاً بأن يحكم بين الناس و هو ممن يجوز شهادته جاز و يصير كالقاضي و لو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الامام و لو حكم لا يجوز إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم و لو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازه جاز و ليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره و لو فوض و حكم الثاني بغير رضاهما فأجاز القاضي لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم و قيل ينبغي أن يجوز كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني و لو حكما واحداً فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده و إلا أبطله و كتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز كما لا يجوز كتاب القاضي إليه و لا يحكم الحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان و الله أعلم.

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

أي هذه مسائل متفرقة متعلقة بكتاب القضاء و أصل شتى (١) من شت الأمر يشت شتاً إذا تفرق يقال أمر شت أي متفرق و جاؤا أشتاتاً أي متفرقين و قوم شتي و أشياء شتي قال الله تعالى "إن

(١) شتى الخ. قال الامام اللغوى الزبيدى الحنفيّ فى تاج العروس مادة شت ص٥٥٦ ج١. (شت) شعبهم (يشت شتا و شتاتا و شتيتا) أى (فرق و) شت أيضا اذا (افترق) و أمر شت أى متفرق (كانشت) جمعهم (و تشتت) أى تفرق (و استشت) مثله (و شتته الله و أشته) بمعنى فرقه (و) الشعب (الشتيت) أى (المفرق المشتت) و عبادة الضاح المتفرق و يقال أخاف عليكم الشتات أى الفرقة (و) الشتيت (من الثغر) المفلق (المفلج و قوم شتى) متفرقون و أشياء شتى قال شيخنا قيل إنه جمع شتيت كمرضى و مريض و قيل مفرد و بسط فيه الخفاجيّ فى العناية انتهى و يقال إن المجلس ليجمع شتوتا من الناس و شتى (أى فرقا) و قيل يجمع ناسا (من غير قبيلة) أى ليسوا من قبيلة واحدة (و) يقال (جآؤا شتات شتات) بالفتح هكذا فى نسختنا و فى نسخة شتات و شتات بزيادة الواو بينهما و جوز شيخناً فيه أن يكون بالضم كثلاث و رباع كل هذا و التكرار لا يظهر له وجه و الذى فى لسان العرب نقلا عن الثقات ما نصه و يقال جآء القوم شتاتا و شتات (أى أشتاتا متفرقين) واحد الأشتات شت و الحمد لله الذى جمعنا من شت أى تفرقة و هذا هو الصواب اه ملخصا.

قال و اذا كان علو لرجل و سفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً و لا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى معناه

سعيكم لشتى" أي ان عملكم لمختلف أى فى الجزاء و في التفسير إن أعمالكم لمختلفة و قد جرت عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ من المسائل في آخر الكتاب استدراكاً لما فات و يترجموه بقولهم مسائل متفرقة أو بقولهم مسائل شتى أو بقولهم مسائل منثورة و قال الاترازيّ و كان القياس على هذا أن يذكر صاحب الهداية مسائل هذا الفصل في آخر كتاب أدب القاضي انتهى قلت الذي ذكره صاحب الهداية ههنا هو القياس لان كل شيء قبل مسائل شتى من الأبواب و الفصول من كتاب أدب القاضي و متعلقاته فافهم (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان علو لرجل و سفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً) أصل يتد يوتد حذف الياء لوقوعها بين الياء و الكسرة و الوتد بفتح الواو و كسر التاء و قال (١) الجوهريّ الوتد بالكسر واحد الأوتاد و بالفتح لغة و كذلك الود في لغة من يدغم تقول و تدت الوتد وتداً و إذا أمرت قلت تد وتدك بالميتدة و هي المدق انتهى قلت الوتد كالخازوق و هو القطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليه شيء أو يربط به شيء (و لا ينقب فيه كوة) قال الاترازىّ الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان هي الروزن و في المغرب (٢) الكوة ثقب البيت و الجمع كوى و قد يضم الكاف في المفرد و الجمع و يستعار لمفاتح الماء إلى المزارع أو الجداول فيقال كوى النهر و قال (٣) الجوهريّ الكوة نقب البيت و الجمع كواء بالمد و كوى أيضاً مقصورا و الكوة بالضم لغة و يجمع على كوى و الذى ذكره المنصفّ من عدم جواز دق الوتد و نقب الكوة فهذا (عند أبي حنيفةؒ) و كذا لا يفتح باباً و لا يدخل جذعاً فيه و لا يهدم سفله (معناه) أى معنى قول محمد رحمه الله تعالى في الجامع ليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً و لا ينقب فيه كوة عند

(١) قال الجوهرىّ في الصحاح مادة وتد ص٥٤٧ ج٢ و فى تاج العروس ص٥٢١ ج٢ الوتد بالفتح و السكون على التخفيف فى لغة نجد و يقال الوتد بالتحريك لغة فيه و الوتد ككتف فى لغة الحجاز و هى الفصحى كما فى المصباح و الود بادغام التاء (و الصواب بقلب التاء) دالا و اداغمها فى اللام كما حكاه الجوهرى و الفيومى و هى لغة نجد فهى أربعة لغات مارز فى الأرض أو الحائط من خشب و جمع الكل أوتاد و وتد واتد تاكيد أى ثابت رأس منتصف و وتد الوتد يتده وتدا بفتح فسكون و تدة كعدة ثبته كأوتده و هذه عن الصاغانى و وتده توتيدا و وتد هو و وتد كلاهما ثبت و الأمر منه تد كعد و يقال تد الوتد يا واتد و أوتده و الوتد موتود و الميتد و الميتدة المرزبة التى يضرب بها الوتد و بلا هاء مستدرك على الجوهرى اه ملخصا. (٢) المغرب مادة كوى ص٢٣٦ ج٢. (٣) قال الجوهرىّ فى الصحاح ص٢٤٧٨ ج٦.

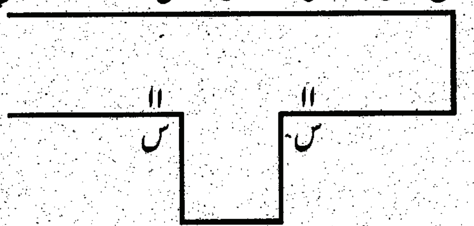
بغير رضاء صاحب العلو و قالا يصنع ما لا يضر بالعلو و على هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا خلاف و قيل الاصل عندهما الإباحة لانه تصرف في ملكه و الملك يقتضي الإطلاق و الحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع و الاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن و المستأجر و الإطلاق بعارض فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه

أبي حنيفة رحمه الله تعالى (بغير رضاء صاحب العلو) (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله (يصنع ما لا يضر بالعلو) لأن التصرف حصل في ملكه (و على (١) هذا الخلاف) المذكور بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالي (إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) شيئا أو بيتاً او يضع عليه جزوعاً أو يحدث كنيفا و نحو ذلك (قيل ما حكي عنهما) أى عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله (تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلا خلاف) قال بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير إن أبا حنيفة رحمه الله تعالى أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر فيكون فصلاً مجمعاً عليه لأن التصرف حصل في ملكه (و قيل) بل بينهم خلاف لأن (الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه و الملك يقتضي الاطلاق) أى إطلاق التصرف (و الحرمة بعارض الضرر فإذا أشكل) و لم يعلم أنه يضره أم لا (لم يجز المنع) لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملكه (و الأصل عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (الحظر) أي المنع (لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) و تعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه فصار هذا (كحق المرتهن و المستأجر) في منع المالك عن التصرف في المرهون و المستاجر (و الإطلاق) أي إطلاق التصرف (بعارض) أى بعارض عدم الضرر (فإذا أشكل) بأن لم يعلم فيه ضرر أم لا يزول المنع على أنه) أي مع أن التصرف فيه (لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه) و لهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف فكذا بعضه و قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير و قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى قياس و قال قاضي خان لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً أو ما أشبه ذلك و يتضرر به صاحب العلو له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما الحكم معلول بعلة الضرر و به قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله و الأصل فيه قوله عليه الصلاة و السلام لا ضرر و

(١) و على هذا الخلاف الخ. و في البحر معزيا إلى قسمة الولوالجية: اختلف المشايخ على قوله فقيل له أن يبنى ما بدا له ما لم يضر بالسفل و قيل و إن أضر و المختار للفتوى أنه اذا أشكل أنه يضر أم لا لا يملك و اذا علم أنه لا يضر يملك اه ملخصا.

قال و إذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها (١) زائغة مستطيلة و هي غير نافذة فليس لأهل الزائغة الاولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى لأن فتحه للمرور و

لا ضرار في الإسلام و في الأقضية لو انهدم السفل لا يجبر صاحب السفل على البناء و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و قالوا في رواية أخرى يجر و يخير صاحب العلو فإن شاء بنى السفل إلى موضع علوه ثم يبنى علوه و يمنع صاحب السفل عن السكن فيه حتى يؤدي قيمة السفل و الصحيح أنه يعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه لا يرجع على صاحبه بشيء و به قال الشافعيّ في الأصح لأن هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه لأنه يمكنه أن يقاسم المساحة و لهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد و مالك رحمهما الله تعالى في رواية و لو كان البيت صغيراً فانهدم و لا يمكن قسمة الساحة لا يكون متبرعاً في البناء و هكذا نقول في الطاحون و الحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه و لو انهدم كله فإن أمكن البناء بعد القسمة يكون في البناء متطوعاً و إلا لا كذا ذكره التمر تاشي رحمه الله (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كانت زائغة) أي سكة قال الكاكيّ و قال تاج الشريعةّ قوله زائغة أي سكة غير نافذة سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم و قال الا ترازي الزائغة المحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف من زاغت الشمس إذا مالت و في تهذيب ديوان الأدب الزائغة الطريق الذى حاد عن الطريق الأعظم (مستطيلة) أي طويلة من استطال يعني طال (تنشعب عنها زائغة مستطيلة و هي غير نافذة) أي الزائغة المنشعبة غير نافذة و كذلك الزائغة الأولى أيضاً غير نافذة كذا ذكره التمر تاشي و الفقيه أبو الليثّ حيث قالا سكة طويلة غير نافذة و سكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة و لكن في اكثر الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة و تعليل الكتاب يقتضي ذلك و صورتها هكذا:



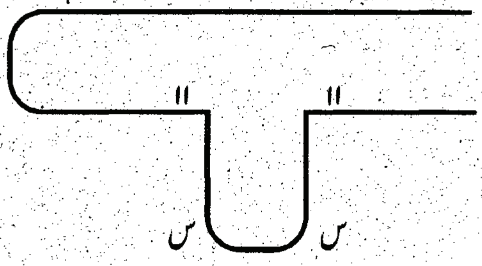
(فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى) أي السفلى (لأن فتحه للمرور و

---

(١) منها. ن. عنها.

لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره و الأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة و لأنه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب و إن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا باباً لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة و لهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها قال و من ادعى في دار دعوى و أنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز

لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً) أي خاصة (حتى لا يكون لأهل الأولى) أي السكة الأولى (فيما بيع فيها) أي في السكة الفصوى (حق الشفعة) لأن السكة لهم خاصة (بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة) و ليست للسكان فيها خاصة (قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه) أي لأن الفتح (رفع بعض جداره) و له أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى و لهذا لو فتح كوة أو باباً للإستضاءة دون المرور لم يمنع (و الأصح ان المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة و لانه) إذا فعل ذلك (عساه) أي لعله (يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب) و يكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و إن كانت) أي الزائغة القصوى (مستديرة قد لزق طرفاها) يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة و السكة غير نافذة (فلهم أن يفتحوا باباً) أي فلكل واحد منهم أن يفتح بابه (لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة و لهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها) بهذه الصورة:



(قال) أي محمد رحمه الله تعالى (و من ادعى في دار دعوى) و لم يبين أن المدعِى ثلث أو ربع أو نحو ذلك (و أنكرها الذي هى في يده ثم صالحه منها فهو جائز) قيل أراد بالدعوى إذا كان المدعي به مقداراً معلوماً كالثلث و نحوه حتى تكون الدعوى صحيحة لأن الصلح يصح إذا

و هي مسألة الصلح على الإنكار و سنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى و المدعي و إن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضى إلى المنازعة على ما عرف قال و من ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه و أقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة و هم يشهدون به قبلها و لو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق

كانت الدعوى صحيحة أما إذا كانت فاسدة فلا و الصحيح أن الصلح جائز صحت الدعوى أم لا (و هي)أي هذه المسألة (مسألة الصلح على الانكار و سنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى) و الصلح على الإنكار جائز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (و المدعى و إن كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا) هذا جواب عما يقال كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي و معلومية مقداره شرط صحة الدعوى ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لا يصح دعواه أجاب المصنف بقوله: و المدعي و إن كان مجهولاً الخ ثم علله بقوله (لأنه) أي لأن المجهول (جهالة في الساقط فلا تفضى إلى المنازعه) و الأصل فيه أن ما يجب تسليمه يشترط العلم به لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم و التسلم و ما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه (على ما عرف) في كتاب الصلح (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت) يعني أنه سلمها اليه في وقت (فسئل البينة) على دعواه (فقال) أي المدعي (جحدني الهبة) و لم يكن لي بينة في حق الهبة (فاشتريتها منه و أقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور (١) التناقض) و التناقض يمنع صحة الدعوى (إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة و هم يشهدون به) أي بالشراء (قبلها) أي قبل الهبة أي قبل عقدها (و لو شهدوا به) أي بالشراء (بعدها) أي بعد الهبة (تقبل لوضوح التوفيق) و هذا لأنه يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع فلا تناقض و في الوجه الاول التوفيق غير ممكن فيتحقق التناقض إذ لا يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبه فاشتريتها منذ سنة و هذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا

(١) لظهور التناقض. و في البحر: و مرادهم التناقض بين الدعوى و البينة و إلا فالمدعى لا تناقض منه لأنه ما ادعى الشراء سابقا على الهبة.

و لو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها و لم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب و دعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضاً بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرير ملكه عندها و من قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها

لم يمكن التوفيق و أما إذا أمكن (١) فلا (و لو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها) أي قبل الهبة (و لم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ) أي بعض نسخ الجامع الصغير ثم ذكر المصنف رحمه الله تعالى وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله (لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب) في ذلك الوقت (و دعوى الشراء) قبل الهبة (رجوع منه) أي من الإقرار للواهب فعد مناقضا فلا يقبل بينته (بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة) حيث تقبل بينته (لأنه تقرير ملكه) أي ملك الواهب (عندها) أي عند الهبة فإن (٢) قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة ايضاً لأنه ادعى شراء باطلا لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة أجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الأصل و توقف الفسخ في حق المدعى على رضاه فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما و اشترى ما لا يملكه فكان صحيحاً (و من قال لآخر اشتريت منى هذه الجارية فأنكر الآخر) أي الآخر المخاطب (إن أجمع البائع) أي إن قصد و عزم بقلبه و قيل يشهد بلسانه على العزم بالقلب (على ترك الخصومة وسعه) أي حل (٣) له أي للبائع (أن (٤) يطأها) أي الجارية و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال زفر رحمه الله تعالى لا يحل و به قال الشافعي رحمه الله تعالى

(١) أما اذا أمكن فلا. أقول مفاده الاكتفاء بامكان التوفيق و هو مختار شيخ الاسلامؒ من أقوال أربعة كما فى الدرالمختار و فى ردالمحتار: (قوله بامكان التوفيق) نقل فى البحر أن هذا هو القياس و الاستحسان أن التوفيق بالفعل شرط قال الرمليؒ و جواب الاستحسان هوالأصح كما فى منية المفتى. (قوله و هو مختار الخ) قيده فى البحر فى فصل الفضولى بأن لا يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته فراجعه. (قوله من أقوال أربعة) و هى كفاية إمكان التوفيق مطلقا و عدم كفايته مطلقا و كفايته من المدعى عليه لا من المدعى و كفايته إن اتحد وجه التوفيق لا إن تعددت وجوهه ح كذا فى الهامش. (٢)فان قيل الخ. كذا فى العناية. (٣)حل له الخ. أشار بحل وطء البائع إلى فسخ البيع فدل على أن للبائع أن يردها على بائعه بعيب قديم لانفساخ البيع. و قيده فى النهاية بأن يكون بعد تحليف المشترى إذ لو كان قبله فليس له الرد على بائعه لاحتمال نكول المدعى عليه فاعتبربيعا جديدا فى حق ثالث و قيده الشارحؒ بأن يكون بعد القبض أما قبله فينبغى أن له الرد مطلقا لكونه فسخا من كل وجه فى غير العقار إلا بعد حلف. و دل على أن المشترى لو برهن على الشراء منه لم يقبل كذا فى البحر. (٤)أن يطأها أى بعد الاستبراء ان كانت فى يد المشترى أبو السعود عن الحموى عن الجلبى بحثا كذا فى الشامية.

لأن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ و بمجرد العزم و إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل و هو إمساك الجارية و نقلها و ما يضاهيه و لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه

في وجه لانه لما باعها فهي على ملك المشترى ما لم يعها من البائع أو يتقايلا قلنا (لأن المشترى لما جحد) أي البيع (كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت) أي بالجحود (كما إذا تجاحدا) أى البيع لان الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة و بلفظ الرد و بجحودهما بان تجاحدا البيع لأن الفسخ رفع العقد من الأصل و الجحود إنكار من الاصل فيجعل احدهما مجازاً عن الآخر (فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) من الجانبين ألا ترى إلى ما قالوا في شروح الجامع الصغير إذا قال لآخر آجرتك هذه الدار بكذا أو بعتك هذا الثوب بكذا فأخذ الدار أو الثوب وذهب به كان ذلك قبولا منه كذا هذا فإن (١) قيل لوجاز قيام الجحود و العزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح و عزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك و أجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع (و بمجرد العزم) هذا جواب عما يقال الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب المصنفؒ بقوله و بمجرد العزم أي بمجرد عزم الرجل (و إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل) أي فقد اقترن العزم بالفعل (و هو إمساك الجارية ونقلها) أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته (و ما يضاهيه) أي و ما يشابه ذلك من الافعال كالكتابة و العرض على البيع و الاستخدام لان إمساكها لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر آجرتك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولاً دلالة لأن الاخذ و الاستعمال لا يحل بدون القبول (و لانه) دليل آخر أى و لان الشأن (لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى) بجحود العقد (فات رضاء البائع) و فواته يوجب الفسخ لفوات (٢) ركن البيع (فيستبد بفسخه) فيستقل البائع بفسخ العقد فيجعل عزمه فسخاً والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على

(١) فان قيل الخ. كذا في العناية. (٢) لفوات ركن البيع. أقول فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركنا مجازا كذا في السعدية.

قال و من أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنه (١) زيوف صدق و في بعض النسخ اقتضى و هو عبارة عن القبض أيضاً و وجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة و لهذا لو تجوز بها في الصرف و السلم جاز

الفسخ من الجانبين و جعل جحوده فسخاً من جانبه و العزم على ترك الخصومة من جانب البائع و في الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده (قال و من أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم (٢)) أى بسبب من الاسباب من استقراض أو ثمن سلعة أو غصب أو وديعة (ثم ادعى (٣) انها زيوف صدق) أى القول قوله مع يمينه (و في بعض النسخ) أى في بعض نسخ الجامع الصغير (اقتضى) أى لفظ اقتضى موضع قبض (و هو) أى لفظ اقتضى (عبارة عن القبض ايضاً) و لكن لفظ محمد رحمه الله تعالى في اصل الجامع الصغير اقتضى و في المبسوط (٤) أقر الطالب أنه قبض من المطلوب خمسمائة ثم خمسمائة ثم قال وجدتها زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل و قوله في الكتاب ثم ادعى انها زيوف صدق محمول على هذا أى وصل أم فصل و به صرح المحبوبي في جامعه فقال هو مصدق وصل أم فصل و في المبسوط (٥) في باب الإقرار بالزيوف لو قال لفلان علي الف من ثمن متاع إلا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يصدق إن وصل و لا يصدق إن فصل و لو أقر بالمال غصباً أم وديعة و قال هو نبهرجة أو زيوف صدق وصل أم فصل و لو قال علي الف من غير ذكر سبب التجارة و الغصب فقال بعض مشايخنا فهو على الخلاف المذكور و قيل هنا يصدق إذا وصل بالإتفاق و قال (٦) الشافعي و أحمد رحمه الله تعالى إذا فصل لا يقبل في جميع الصور (و وجهه) أي وجه ما ذكر من تصديقه (أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة و لهذا) أي ولكونها من جنس الدرهم (لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز) إذ لو لم تكن

---

(١) أنه. ن. أنها. (٢) دراهم. و فى البحر: قيد بالدراهم لأن المشترى لو أقر أنه قبض المبيع ثم ادعى عيبا به فالقول لبائعه لأن المبيع متعين فاذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة فبدعواه العيب صار متناقضا و لم يذكر المؤلف حكم وزنها عند الاطلاق و الدعوى و فى كافى الحاكم: لو أقر بألف درهم عددا ثم قال هى وزن خمسة أو ستة و كان الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة فلا يصدق على النقصان إذا لم يبين موصولا و كذا الدنانير و ان كانوا فى بلاد يتعارفون على دراهم معروفة الوزن بينهم صدق اه. (٣) ثم ادعى الخ. و فى البحر: قيد بدعوى المقر لأنه لو أقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه أنها زيوف لم تقبل و كذا إذا أقر بالوديعة و المضاربة أو الغصب ثم زعم الوارث أنها زيوف لم يصدق الوارث لأنه صار دينا فى مال الميت كذا فى البزازية. (٤) المبسوط للسرخسي باب الاقرار بالقبض ص١٨٩ ج١٨. (٥) المبسوط للسرخسي باب الاقرار بالزيوف ص١٢ ج١٨. (٦) قال الشافعي و احمد رحمهم الله الخ. كذا فى فتح القدير.

و القبض لا يختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفي لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق و النبهرجة كالزيوف و في الستوقة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم

من جنسها كان التجويز استبدالاً و هو فيهما لا يجوز و قد تقدم (و القبض لا يختص بالجياد) هذا (١) جواب عما يقال الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق و هو الجياد حملاً لحاله على ما له حق قبضه لا ما ليس له ذلك و لو أقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا فأجاب المصنفؒ بقوله و القبض لا يختص بالجياد و هو منع للملازمة و قوله حملا لحاله على ماله حق قبضه مسلم و الزيوف له حق قبضه لأنه دون حقه و انما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه و إذا لم يكن القبض مختصاً بالجياد فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضاً بل هو منكر قبض حقه (فيصدق لأنه أنكر قبض حقه) لأن القول قول المنكر مع يمينه (بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه) أي أو أقر أنه قبض حقه (أو الثمن) أي أو أقر أنه قبض الثمن (أو استوفى) أي أقر انه استوفى حيث لا يصدق (لإقراره بقبض الجياد صريحاً) في قوله أنه قبض الجياد (أو دلالة) في الثلاثة البقية (فلا يصدق) لأنه متناقض أما في الأول فظاهر و كذا في غيره لأن حقه في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقاً إقرار منه بقبض الجياد و كذا الاقرار بقبض الثمن و الاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضاً و قال السغناقيؒ في النهاية جمع المصنفؒ بين هذه المسائل الأربعة في الجواب بأنه لا يصدق و ليس الحكم فيها على السواء فإنه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً و لا مفصولاً و فيما بقي يصدق موصولاً و لا يصدق مفصولاً ثم أطال الكلام فيه (و النبهرجة كالزيوف) أي في حكم التصديق إذا قال اقتضيت من فلان كذا درهماً ثم ادعى انها نبهرجة يصدق كما إذا قال انها زيوف (و في الستوقة لا يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم) قال الكاكيؒ ليس هذا الحكم على إطلاقه فإنه ذكر في المبسوط (٢) في الإقرر لو أقر أنه قبض خمس مائة مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هي رصاص لم يصدق لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة و ان قال موصولاً فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة و إن لم تكن الدراهم معنى فكان هذا بيانا مغيرا لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولاً و كذلك في الستوقة لأن الستوقة أقرب إلى الدراهم و الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة بالطريق الأولى

---

(١) هذا جواب الخ. كذا في العناية ص٤١٨ ج٦. (٢) المبسوط للسرخسيؒ ص١٩٠ ج١٨.

حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا لا يجوز و الزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار

(حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا) أي في الصرف و السلم (لا يجوز) لأنه ليس من جنس الدراهم ثم بين الزيوف (١) و النبهرجة (٢) و الستوقة (٣) بقوله (و الزيف ما زيفه بيت المال) أي رده و في المغرب (٤) زافت عليه دراهمه أي صارت مردودة عليه لغش فيها (و النبهرجة ما يرده التجار) وقال الكاكي النبهرج الدراهم التي فضتها رديئة و قيل التي فيها الغلبة للفضة و قد استعير لكل ردئ

(١) الزيوف. و فى لسان العرب مادة زيف ص١٤٢ ج٩. الزيف (بالفتح فالسكون): من وصف الدراهم يقال: زافت عليه دراهمه أى صارت مردودة لغش فيها و قد زيفت (على صيغة المجهول من التزييف) إذا ردت. ابن سيده: زاف الدرهم يزيف زيوفا و زيوفة (بالضم فيهما): ردؤ فهو زائف و الجمع زيف (بضم الزاء مع تشديد الياء المفتوحة) و كذلك زيف (بالفتح فالسكون) و الجمع زيوف (بالضم) و زاف الدراهم و زيفها: جعلها زيوفا اهـ ملخصا و فى تاج العروس مع القاموس ص١٣٣ ج٦ (درهم زيف و زائف و الأولى رديئة) من كلام العامة كما قاله ابن دريد (ج زياف) بالكسر (و أزياف) اهـ. (٢) النبهرجة. و فى تاج العروس مع القاموس ص١٠ ج٢. (البهرج) بالفتح (الباطل و الردئ) من كل شئ و فى شفاء الغليل بهرج معرب نبهره أى باطل و معناه الزغل و يقال نبهرج و جمعه نبهرجات و بهارج و قال المرزوقى فى شرح الفصيح درهم بهرج و نبهرج أى باطل زيف و قال كراع فى المجرد درهم بهرج ردئ و حكى المطرزى عن ابن الأعرابى أن الدرهم البهرج الذى لا يباع به قال أبو جعفر و هو يرجع إلى قول كراع لأنه انما لا يباع به لرداءته و فى الفصيح درهم بهرج قال شارحه اللبلى يقال درهم بهرج اذا ضرب فى غير دار الأمير حكاه المطرزى عن ثعلب عن ابن الأعرابى و قال ابن خالويه درهم بهرج هو كلام العرب قال و العامة تقول نبهرج و فى اللسان و الدرهم المبهرج الذى فضته رديئة و كل ردئ من الدراهم وغيرها بهرج قال و هو إعراب نبهره فارسى و عن ابن الأعرابى البهرج الدرهم المبطل السكة و كل مردود عند العرب بهرج و نبهرج و فى الحديث أنه بهرج دم الحرث أى أبطله و الشئ المبهرج كأنه طرح فلا يتنافس فيه كذا فى شرح الفصيح للمرزوقى. (و) البهرج الشئ (المباح) يقال بهرج دمه (و) من المجاز (البهرجة أن يعدل بالشئ عن الجادة القاصدة الى غيرها) و فى الحديث أنه أتى بجراب لؤلؤ بهرج أى رديء قال و قال القتيبى أحسبه بجراب لؤلؤ بهرج أى عدل به عن الطريق المسلوك خوفا من العشار و اللفظة معربة و قيل هى كلمة هندية أصلها نبهله و هو الرديء فنقلت إلى الفارسية فقيل نبهره ثم عربت بهرج قال الأزهرى و بهرج بهم اذا أخذ بهم فى غير المحجة. (٣) الستوقة. و فى تاج العروس مع القاموس ص٣٧٧ ج٦. (درهم ستوق كتنور و قدوس) كما فى الصحاح (و تستوق بضم التائين) نقله ابن عباد و هو قول اللحيانى نقله عن أعرابى من كلب أى زيف بهرج لا خير فيه و قوله (ملبس بالفضة) اشارة إلى أنه معرب فارسيته سه تو أى ثلاثة أطباق و الواو غير مشبعة و قال الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب و الأكثر و فى الرسالة اليوسفية البهرجة اذا غلبها النحاس لا تؤخذ و أما الستوقة فحرام أخذها لأنها فلوس و قال الجوهرى كل ما كان على هذا المثال فهو مفتوح الأول إلا أربعة أحرف جاءت نوادر و هى سبوح و قدوس و ذروح و ستوق فانها تضم و تفتح. (٤) المغرب ص٣٧٦ ج١.

و الستوقة ما يغلب عليها الغش قال و من قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن إقراره (١) هو الأول و قد ارتد برد المقرله والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه بخلاف ما إذا قال لغيره إشتريت و أنكر الآخر له أن يصدقه

باطل و منه بهرج دمه إذا أبطل (و الستوقة ما يغلب عليها الغش) و هو بالفتح أردأ من النبهرجة و في النوازل قال أبو نصر الزيوف هي الدراهم المغشوشة و النبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان و الستوقة صفر مموه بالفضة و كان الفقيه أبو جعفر يقول الزيوف ما زيفه بيت المال و النبهرجة ما بهرجه التجار و الستوقة فارسية معربة و في المبسوط (٢) الستوقة كالفلوس فإنه صفر مموه من الجانبين و قيل معرب سه طاقه أي الطاق الأعلى و الأسفل فضة و الأوسط صفر (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من قال لآخر لك علي ألف درهم فقال) أي المقر له (ليس (٣) لي عليك شيء ثم (٤) قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه) أي على المقر (شيء لأن الاقرار) المعتبر (هو الاول و قد ارتد برد المقر له و الثاني) و هو قوله بل لي عليك ألف درهم (دعوى فلا بد (٥) من الحجة) أي البينة (أو تصديق خصمه) حتى لو صدقه المقر ثانياً لزمه المال استحساناً (بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت) مني هذا العبد (و أنكر الآخر) يعني أقر بالشراء منه و أنكر المقر له (له) أي للآخر المقر له (أن يصدقه) بعد ذلك لإن إقراره و إن

---

(١) إقراره. ن. الإقرار. (٢) المبسوط للسرخسي ص١٥ ج١٨. (٣) ليس لى عليك شئ أو قال هى لك أو قال هى لفلان كذا فى الفتح و الأخير محمول على ما إذا لم يصدقه فلان و إلا فهو تحويل كذا فى البحر. (٤) ثم قال الخ. و فى البحر: قيد بكون التصديق بعد الرد لأنه لو قبل الاقرار أولا ثم رده لم يرتد و كذا الابراء عن الدين و هبته لأنه بالقبول قد تم و كذا إذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد و إن رده قبل القبول ارتد كما فى الإسعاف اه. و فى المنحة على البحر: قوله: (قيد بكون التصديق بعد الرد الخ) قال الرملى: و فى البزازية الإقرار و الإبراء لا يحتاجان إلى القبول و يرتدان بالرد. قال فى الخلاصة: لأن لكل أحد ولاية على نفسه و ليس لغيره أن يمنعه و لكن للمقرله أن لا يقبل صيانة لنفسه عن المنة. و فى التتارخانية نقلا عن الكافي: و الملك يثبت للمقر له بلا تصديق و قبول و لكن يبطل برده اه. قلت و يستثنى الإبراء عن بدل الصرف و السلم. (٥) فلا بد من الحجة. أقول كيف تقبل حجته و هو مناقض فى دعواه تأمل فى جوابه كذا فى السعدية. و استشكله أيضا فى البحر: و نقل خلافه عن البزازية حيث قال فى يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقرله ثم قال بل هو عبدى و قال المقر هو عبدى فهو لذى اليد المقر و لو قال ذو اليد للآخر هو عبدك فقال لا بل هو عبدك ثم قال الآخر بل هو عبدى و برهن لا يقبل للتناقض اه و هذا بخلاف ما فى الهداية من أنه لابد من الحجة فانه يقتضى سماع الدعوى و هو مشكل.

لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد (١) بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد و المعنى فيه أنه حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق أما المقر له ينفرد برد الإقرار فافترقا قال و من ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على

كان مما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ و هو معنى قوله (لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد) يعني أن المقر له لا ينفرد بالرد كما أن المقر لا ينفرد بإثباته (و المعنى فيه أنه) أي أن الفسخ (حقهما فبقي العقد فيعمل التصديق) بخلاف الأول فان أحدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد و اليه أشار بقوله (أما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا) أي الحكمان المذكوران و قال (٢) الأكمل رحمه الله قلت إن عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيده التصديق بعد الإنكار فان الفسخ قد تم و لهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم و يجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فان العزم و النقل كانا دليل الفسخ و به سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ و ذكر قبله و لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه و التوفيق (٣) بين كلاميه صعب و ذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد و ههنا لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط (٤) فأقام المدعي البينة على

---

(١) لا ينفرد. ن. لا يتفرد. (٢) قال الاكمل في العناية ص ٤٢١ ج٦. (٣)و التوفيق بين كلاميه صعب. أقول أقره عليه في فتح القدير بقوله بعده و هو صحيح و يقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات و لا بينة أن له أن يفسخ و يستمتع الجارية و الوجه ما قدمه أولا اه. و في المنحة على البحر: و في الحواشي اليعقوبية قال صاحب الكفاية: لا تناقض بين كلاميه فيحتاج إلى التوفيق لأن مراده بقوله "لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ" فيما إذا كان الآخر على العقد معترفاً به كما إذا قال أحدهما اشتريت و أنكر الآخر لا يكون إنكاره فسخاً للعقد إذ لا يتم به الفسخ و فيما إذا قال أحدهما اشتريت مني هذه الجارية و أنكر فالمدعي للعقد هو البائع و المشتري ينكر العقد و البائع بانفراده على العقد فيستبد بفسخه أيضاً و فيه كلام و هو أن الظاهر من قوله "فيما سبق و لأنه لما تعذر الخ" كون مجرد استقلال البائع في الفسخ لتعذر استيفاء الثمن دليلاً مستقلاً لحل الوطء بدون اعتبار كون إنكار المشتري فسخاً من جانبه حتى لو تعذر الاستيفاء مع عدم الإنكار لا يستبد بالفسخ أيضاً و يدل على هذا قول صدر الشريعة في تعريفه "حل الوطء لا سيما إذا جحد المشتري الخ" كما لا يخفى بل غاية ما يمكن في التوفيق أن يقال: إن مراده فيما سبق استبداد البائع بالفسخ لضرورة تعذر استيفاء الثمن و وجوب دفع الضرر هنا لا ضرورة للمقر له بالشراء إلى الفسخ فلا يستبد به فمراده من قوله ههنا "لأن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ الخ" عدم الانفراد عند عدم الضرورة فلا تناقض لكنه بعيد لا يخفى فليتأمل اه. (٤) قط. لا فرق بين أن يؤكد النفي بكلمة قط أو لا كذا في البحر.

ألف و أقام هو البينة على القضاء قبلت بينته و كذلك على الإبراء و قال زفرٌ لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب و قد أنكره فيكون مناقضاً و لنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي و يبرأ منه دفعاً للخصومة ألا ترى أنه يقال قضى بباطل و قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي و كذا إذا قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق أظهر و لو قال ما كان لك علي شيء قط و لا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء و كذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون

الف و أقام هو البينة على القضاء (١) قبلت بينته و كذلك على الابراء) أى و كذلك تقبل البينة لو أقامها على الابراء (و قال زفرٌ لا تقبل) و به قال ابن أبي ليلىٌ (لأن القضاء يتلو الوجوب) لأنه تسليم مثل الواجب (و قد أنكره فيكون مناقضاً) في دعواه و قبول البينة يقتضي دعوى صحيحة (و لنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي و يبرأ منه دفعاً للخصومة) و الشغب (ألا ترى) توضيح لما قبله (انه يقال قضى بباطل) كما يقال قضى بحق (و قد يصالح على شيء) بالانكار (فيثبت) أى ذلك الشيء (ثم يقضي) أي يؤدي و القضاء يجيء بمعنى الأداء قال الله تعالى "فاذا (٢) قضيت الصلاة" أي فاذا أديت (و كذا إذا قال) أي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه (ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر) لأنه يقول ليس لك علي شيء في الحال لأني قد قضيت حقك أو لأنك أبرأتني ألا ترى أنه لو صرح به يصح و هذا لأن ليس لنفي الحال فاذا أقام المدعي البينة على المدعى به و المدعى عليه على القضاء أو الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً قالوا دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه و استدل الخصافٌ لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص و الرق فقال ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الابراء و العفو أو الصلح معه على مال قبلت و كذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت و أقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على الف و أنها أدت الألف إليه قبلت (و لو قال ما كان لك علي شيء قط و لا أعرفك (٣) لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء) أى و كذا لا تقبل بينته على الابراء (لتعذر التوفيق لأنه لا يكون

(١) على القضاء أى الايفاء. و في البحر: قيد بدعوى الإيفاء بعد الانكار إذ لو ادعاه بعد الاقرار بالدين فان كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض و إن تفرقا عن المجلس ثم ادعاه و أقام البينة على الايفاء بعد الاقرار تقبل لعدم التناقض و إن ادعى الايفاء قبل الاقرار لا تقبل كذا في خزانة المفتين. (٢)فاذا قضيت الصلاة الآية. الجمعة. ١٠. (٣) لا أعرفك. و المراد هذه الكلمة و ما كان معناه نحو "و لا رأيتك" أو "و لا جرى بيني و بينك مخالطة أو خلطة" أو "و لا أخذ و لا إعطاء" أو "ما اجتمعت معك في مكان" كما في فتح القدير.

بين اثنين أخذ و إعطاء و قضاء و اقتضاء و معاملة و مصالحة بدون المعرفة و ذكر القدوري أنه تقبل أيضاً لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه و لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق قال و من ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام البينة على الشراء فوجد بها إصبعاً زائدة

بين اثنين أخذ و إعطاء و قضاء و اقتضاء و معاملة و مصالحة بدون المعرفة) فتعذر التوفيق فبطلت البينة (و ذكر القدوري) أى عن أصحابنا (أنه) أى أن البينة على تأويل البرهان أى بينة المدعى عليه (تقبل أيضاً) على القضاء (لأن المحتجب) أى الرجل المحتجب و هو الذى لا يراه كل أحد لعظمته و قال تاج الشريعة المحتجب الذى لا يتولى الأمور بنفسه (أو المخدرة) و هي التي لم تجر عادتها بالبروز و حضور مجلس الحكم (قد يؤذى بالشغب على بابه) الشغب بفتح الشين و سكون الغين المعجمتين و قال (١) الجوهرى الشغب بالتسكين تهييج الشر و لا يقال شغب (٢) (فيأمر بعض وكلائه بارضائه و لا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) من حيث أنه عرفه بعد إرضائه بلا معرفة و قال (٣) فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته لأنه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه و قيل (٤) تقبل البينة على الإبراء في هذا (٥) الفصل باتفاق الروايات لأن الابراء يتحقق بلا معرفة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من ادعى على آخر أنه باعه جاريته، فقال لم أبعها منك قط، فأقام البينة) أي أقام المدعي البينة (على الشراء) منه (فوجد) أي المشتري (بها) أي بالجارية (إصبعاً زائدة) خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل

---

(١) قال الجوهرى في الصحاح ص١٥٧ ج١. و قال الزبيدى في تاج العروس مع القاموس ص٣٢٢ ج١. (الشغب) بالتسكين (و يحرك) و هو لغة (و قيل لا) و نسبها ابن الأثير للعامة و قال الحريرى في درة الغواص و يقولون فيه شغب بفتح الغين فيوهمون فيه كما وهم بعض المحدثين في قوله: شغبت كيما تغطى الذنب بالشغب و الصواب فيه شغب باسكان الغين و اعترض عليه ابن برى في حواشي الدرة و قال إن قولهم شغب بفتح الغين صحيح وارد نقله ابن دريد قال شيخنا و حكاه ابن جنى في المحتسب و الزمخشرى في الأساس و هو (تهييج الشر) و الفتنة و الخصام و الشغب الخلاف قاله الباهلى (كالتشغيب). (٢) شغب يعنى محركا. (٣) قال فخر الدين الخ. و في إيضاح الاصلاح: و فيه نظر لأن مبنى إمكان التوفيق على أن يكون أحدهما ممن لا يتولى الأعمال بنفسه لا على أن يكون المدعى عليه بخصوصه و تصوير القدورى إمكان التوفيق فيه لا يدل على ذلك اه و دفعه ظاهر لأن الكلام كله في تناقض المدعى عليه لا المدعى كذا في البحر. (٤) قيل الخ. قائله صاحب الكافى كما ذكره العينى كذا في المنحة على البحر. (٥) هذا الفصل أى فصل المحتجب و المخدرة كذا في المنحة.

فأقام البائع البينة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا وجه الظاهر أن شرط البراء ة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع و قد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين

تلك المدة (فأقام البائع البينة أنه بريء اليه من كل عيب لم تقبل (١) بينة البائع) لأن التوفيق بين الكلامين متعذر (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها) أي بينة البائع (تقبل اعتباراً بما ذكرنا) أراد به ما ذكره في مسألة الدين و هو أن يكون البائع وكيلاً من المالك في البيع فكان المالك في قوله ما بعتها صادقاً ثم المالك في دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضاً (وجه الظاهر) أي ظاهر الرواية (أن شرط البراء ة) عن العيب (تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة أو غيره فيستدعي وجود البيع) لأن وجود الصفة بدون الموصوف غير متصور (و قد أنكره) أي و الحال أن البائع قد أنكر البيع (فكان مناقضاً) لأن دعوى البراء ة تقتضي سابقة العقد فلا تسمع بينته (بخلاف الدين) فإن هناك تقبل بينة المطلوب على القضاء و الإبراء بعد إنكاره أصل الدين إذ التوفيق ممكن بأن يقول ما كان لك علي شيء قط غير أني دفعت المال قطعاً للخصومة و المنازعة فلما جحدتني أثبته

---

(١) لم تقبل الخ. و في البحر و استشكل مسألة الكتاب في جامع الفصولين بأنه ينبغي أن تقبل البينة فيها وفاقاً خلافاً لزفر لأنه صار مكذباً شرعاً بينة المدعي فلحق إنكاره بالعدم فصار كما في الكفالة من أن رجلاً لو برهن أن له على الغائب ألفاً و هذا كفيله بأمره يرجع الكفيل على الغائب و لو أنكر الكفالة أصلاً لأنه صار مكذباً شرعاً في إنكاره فلحق بالعدم قال: و يمكن الفرق بأن الحكم بأدائه ثمة حكم بالرجوع أيضاً فلا حاجة إلى إقامة البينة ثانياً على كفالته لثبوتها أولاً و هنا الحكم بالشراء ليس بحكم بالبراء ة و الإيفاء فلا بد من الدعوى فيبطله التناقض فافترقا و يمكن أن يرد بأن إنكاره لما لحق بالعدم لما مر لا يتحقق التناقض لعدم إنكاره البيع و الشراء فينبغي أن تصح الدعوى على أصل من العدة أنكر البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع و لو لم يدع الإقالة و لكن ادعى إيفاء الثمن أو الإبراء اختلف المتأخرون اه و قد أجبنا عنه في حاشيتنا عليه بما حاصله أن المقر إنما يصير مكذباً شرعاً إذا حكم القاضي بما يخالف اقراره و في مسألتنا لم يقض القاضي بالبيع حتى تناقض الخصم فلم يكن مكذبا شرعا كما لا يخفى اه. و في المنحة على البحر: قوله: (من العدة) لفظ العدة رمز كتاب و ما بعده نقل عنه. قوله (و قد أجبنا عنه في حاشيتنا عليه) قال الرملي: و عليك أن تتأمل في هذا الجواب اه. أي فإن القضاء بالشراء قضاء بالبيع فما معنى قوله "لم يقض القاضي بالبيع"؟ و أقول: الجواب النافع إن شاء الله ما يستفاد من كتاب نور العين في غير هذا المحل و في غير هذه المسألة و هو أن الكفيل لما التحق زعمه بالعدم و ثبت خلافه و هو كونه كفيلاً لم يسع في إعادة زعمه و لم يرد نقض البينة بل رضي بموجبها حتى جعله مبني لدعواه الرجوع على الأصيل و أما البائع في مسألتنا فقد سعى في إعادة ما آل زعمه و هو براء ة ذمته بعد التحاقه بالعدم بثبوت خلافه و أراد نقض ما أثبتته البينة و هو عدم براء ة ذمته فهذا فرق واضح حق و كذا يقال في دعوى الإقالة لأنها فسخ للعقد الذي أثبته الخصم بالبينة ففيه تقرير لموجبها و مثله يقال في مسألة البزازية الأخيرة فاحفظه فإنه ينفعك في كثير من أمثال هذه المسائل ١هـ.

لأنه قد يقضي و إن كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في أسفله و من قام بهذا الذكر (١) فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك و تسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص و على من قام بذكر الحق و قولهما استحسان ذكره في الإقرار لان الاستثناء ينصرف إلي ما يليه لان الذكر للاستيثاق و كذا الاصل في الكلام الاستبداد

كذا ذكره المحبوبي (لأنه) أي لأن الدين (قد يقضي و إن كان باطلاً على ما مر) عند قوله لأن غير الحق قد يقضي و يبرأ منه (قال) أي محمد رحمه الله (ذكر حق) قال تاج الشريعة أي كتاب إقرار بدين و قال الكاكي قوله ذكر حق أي صك (٢) يعني لو كتب ذكر إقرار على نفسه ثم (كتب في أسفله و من قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى أو كتب في الشراء) يعني كتب ذكر إقرار في الشراء يعني في صك الشراء ثم كتب في آخره و ما أدرك فلاناً من الدرك (فعلى فلان خلاص ذلك و تسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله) يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه و يفسد الشراء و صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في أسفله إن شاء الله تعالى أو يكتب الشراء فيكتب في أسفله فما أدرك فيه فلاناً من درك فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى قال إن شاء الله يبطل الدين و يفسد الشراء و هذا معنى قوله (و هذا) أى بطلان الصك كله (عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أي أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (إن شاء الله تعالى هو على الخلاص) يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه (و على من قام بذكر الحق) و الشراء صحيح و المال المقر به لازم (و قولهما) أي و قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله (استحسان ذكره) أي ذكره محمد رحمه الله تعالى (في كتاب الإقرار) من المبسوط (لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه) أي لأن الصك يشتمل على إنشاء و لا تعلق للبعض بالبعض فانصرف إلى الذي يليه (لأن الذكر) أي الصك يكتب (للاستيثاق) و التأكيد لا للابطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه (و كذا الأصل في الكلام الاستبداد) أي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء إلي ما يليه و الجواب أن الذكر للاستيثاق

(١) الذكر. ن. الذكر الحق. (٢) صك. و فى تاج العروس: (الصك الكتاب) معرب و هو بالفارسية چك و هو الذى يكتب للعهدة (ج أصك و صكوك و صكاك) و كانت الأرزاق تسمى صكاكا لأنها كانت تخرج مكتوبة.

و له أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر و امرأته طالق و عليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى و لو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به و يصير كفاصل السكوت .

فصل في القضاء بالمواريث

مطلقا أو إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى و الثاني مسلم و لا كلام فيه و الأول عين النزاع و الأصل في الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه و قد وجد ذلك و هو العطف (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (١) (أن الكل) فيما نحن فيه (كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة) بعضها على بعض (مثل قوله عبده حر و امرأته طالق و عليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى) فإنه ينصرف إلى الجميع و لا يلزمه شيء (و لو ترك فرجة) أي موضع بياض قبل قوله و من قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى (قالوا) أي المشايخ (لا يلتحق) أي قوله إن شاء الله حينئذ (به) أي بجميع الصك بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق (و يصير كفاصل السكوت) أي تلك الفرجة كالسكوت في النطق فإن قيل ينبغي أن لا يكتب قوله و من قام إلى آخره لأنه توكيل و لا يصح التوكيل على هذا الوجه لأنه توكيل المجهول و المجهول لا يصلح وكيلاً قلنا الغرض من كتابته إثبات رضا المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم لا يصح عنده بلا ضرورة و كونه توكيلاً مجهولاً ليس بضائر لأنه في الإسقاط و الإسقاطات تصح مع الجهالة كما في الصلح على الإنكار و قيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن الرضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت فوجوده كعدمه قلت ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً و الله أعلم.

(فصل في القضاء بالمواريث)

أي هذا فصل في بيان أحكام القضاء بالمواريث و هوجمع ميراث أصله موراث قلبت الواو ياء

---

(١) و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الكل إلى قوله إن شاء الله. أقول لا يقال كيف خالف أبو حنيفة رحمه الله تعالى أصله فان الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله لأن ذلك في الاستثناء بإلا و قوله إن شاء الله شرط ساغ إطلاق الاستثناء عليه في عرفهم و ليس إياه حقيقة فتأمل و الله تعالى أعلم كذا في السعدية.

قال و إذا مات نصراني فجآء ت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته و قالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة و قال زفرؒ القول قولها لان الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الاوقات و لنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال كما في جريان ماء الطاحونة و هذا ظاهر نعتبره للدفع و هو يعتبره للاستحقاق و لو مات المسلم و له امرأة نصرانية فجآء ت مسلمة بعد موته و قالت أسلمت قبل موته و قالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول

لسكونها و انكسار ما قبلها و هو اسم مثل الإرث و لما كان الموت آخر أحوال البشر ذكر الأحكام المتعلقة به آخراً (و إذا مات النصراني فجآء ت امرأته مسلمة و قالت أسلمت بعد موته و قالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول (١) قول الورثة) هذه من مسائل الجامع الصغير و قال المصنفؒ (و قال زفرؒ القول قولها) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى (لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) فيجعل موجوداً بعد الموت لا قبله (و لنا أن سبب الحرمان) أي سبب حرمان المرأة و هو إسلامها من ميراث زوجها النصراني (ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال) أي باستصحاب الحال و تحكيم الحال عند عدم دليل آخر واجب و الحال يصلح للدفع لا للاستحقاق (كما في جريان ماء الطاحونة) (٢) فإن ربها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء و انقطاعه يحكم الحال فإن كان المآء جارياً في الحال كان القول قول رب الطاحونة و إن لم يكن جاريا كان القول قول المستأجر (و هذا) (٣) أي تحكيم الحال (ظاهر) نحن (نعتبره للدفع) أي لدفع استحقاقها الميراث (و هو) أي زفرؒ (يعتبره للاستحقاق) و في بعض النسخ و ما ذكره أي زفرؒ و الظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق (و لو مات المسلم و له امرأة نصرانية فجاء ت مسلمة بعد موته و قالت أسلمت قبل موته و قالت الورثة لا بل بعد موته فالقول

---

(١) فالقول الخ. و كان الأولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه و لا حلف عليهم إلا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم كذا فى فتح القدير. (٢)الطاحونة و الطحانة (بفتح الطاء مع تشديد الحاء المهملة): الرحى التى يديرها المآء عن الليث و فى جامع الغورى اختلاف و فى كتب الشروط: الطحانة: ما تديره الدابة و الطاحونة ما يديره المآء كذا فى المغرب مادة طحن ص١٧ ج٢. (٣)هذا ظاهر هو استصحاب أعنى استصحاب الماضى للحال و ما ذكره أى زفرؒ استصحاب هوعكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضى للحال و من الحال إلى الماضى و التعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقا كذا فى فتح القدير و فى التحرير: الاستصحاب الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه كذا فى البحر.

قولهم أيضاً و لا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق و هي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون و يشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً قال و من مات و له في يد رجل أربعة آلاف درهم و ديعة فقال المستودع

قولهم) اي للورثة (أيضاً و لا يحكم الحال) اي لا يقال إنها مسلمة في الحال فتكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال (لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق و هي محتاجة إليه) اي إلى الاستحقاق و هو لا يصلح لذلك و به يتم الدليل و قوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة إلى معنى آخر و هو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاء ت مسلمة و ادعت إسلاماً حادثاً فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى و الأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول و بالنظر إلى ما هو موجود في الحال و الأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى هو من النوع الثاني فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتاً وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً فكان القول قولهم و أما في الثانية فلان نصرانيتها كانت ثابتة و الإسلام حادث فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاء ها إلى ما بعد الموت و النظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتاً قبل موته فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتاً و هو لا يصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعاً و الورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به و قوله (و يشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً) دليل آخر و هو أن الاسلام حادث و الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات فإن قيل إن كان ظاهر الحدوث معتبراً في الدلالة كان ظاهر زفرؒ في المسألة الأولى معارضاً للاستصحاب و يحتاج إلى مرجح و الأصل عدمه فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات و زفرؒ يعتبره للاثبات و قال (١) الأكملؒ و نوقض بنقض إجمالي و هو أن ما ذكرتهم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى فيه بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر و الجواب أنه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر و أما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعاً لا موجباً إلى هنا كلامه ثم قال و اعتبر هذا و استغن عما في النهاية من التطويل (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من مات و له في يد رجل أربعة آلاف (٢) درهم وديعة فقال (٣) المستودع) اي الذي عنده الوديعة

(١) قال الاكملؒ فى العناية ص٤٢٧ ج٦. (٢) أربعة آلاف درهم أى مثلا. (٣) فقال المستودع الخ. أشار بالوديعة إلى أن المديون إذا قال هذا ابن دائنى فانه يؤمر بالدفع إليه بالأولى. و قيد بالوديعة للاحتراز عن الملتقط إذا أقربها لرجل ففيه إختلاف و العارية و العين المغصوبة كالوديعة كذا فى البحر.

هذا إبن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حق المورث و هي حي إصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع إذ هو حي

(هذا ابن (١) الميت لا وارث (٢) له غيره فإنه) اي فإن المستودع (يدفع (٣) المال إليه) اي إلى ابن الميت (لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة) اي من حيث الخلافة عن الميت (فصار) أى حكم هذا (كما إذا أقر) اي المستودع (أنه حق المورث) بكسر الراء (و هو حي) اي و الحال أنه حي (إصالة) اي من حيث الإصالة (بخلاف ما إذا أقر) اي المستودع (لرجل أنه و كيل المودع) بكسر الدال (بالقبض أو أنه اشتراه منه) اي أقر أن الرجل المقر له اشترى عين الوديعة من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حق المودع) بكسر الدال (إذ هو حي) اي لأن المودع حي

(١)ابن الميت الخ. قيد باقراره بالبنوة لأنه لو قال هذا أخوه شقيقه و لا وارث له غيره و هو يدعيه فالقاضي يتأنى في ذلك و الفرق أن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره و هو موهوم و إذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت و إن لم يحضر أعطى كل مدع ما أقربه لكن بكفيل ثقة و إن لم يجد كفيلاً أعطاه المال و ضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة و إن كان غير ثقة تلوم القاضي حتى يظهر أن لا وارث للميت أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال و يضمنه و لم يقدر مدة التلوم بشئ بل موكول إلى رأى القاضي و هذا أشبه بأبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما مقدر بحول هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأقضية قال: و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى مقدر بشهر. و المراد من الابن من يرث بكل حال فالبنت و الأب و الأم كالابن و كل من يرث في حال دون حال هو كالأخ كذا في فتح القدير.
(٢)لا وارث له غيره قيد به لأنه لو قال له وارث غيره و لا أدرى أ مات أم لا لا يدفع إليه شئ لا قبل التلوم و لا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره كذا في فتح القدير. و فيه أيضا: و لو ادعى أنه أخو الغائب و أنه مات و هو وارثه لا وارث له غيره أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت إمرأة و ادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه و قال لا وارث له غيرى و ادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله أو ثلثه و صدقهما ذو اليد و قال لا أدرى للميت وارث غيرهما أولا لم يكن لمدعى الوصية شئ بهذا الاقرار و يدفع القاضي إلى الأب و الأم و الأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخت إذا انفرد أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الأخوة لكن مدعي هذه الأشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا باقرار ذى اليد فمدعي الأخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية و الوصية فان أقام أخذ بها. و لو أقر ذو اليد أن الميت أقر بأن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقة أو أوصى له بالكل أو ثلثه أو أن هذه زوجته فالمال للابن و المولى كما لو عايناه أقر بخلاف النكاح و ولاء الموالاة و الوصية لأن ذا اليد أقر بسبب منتقض اه. (٣) يدفع المال إليه أى وجوبا كذا في البحر.

فيكون إقراراً على مال الغير و لا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه و لو قال المودع لآخر هذا إبنه أيضاً و قال الأول ليس له إبن غيري قضي بالمال للاول لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول إبناً معروفاً ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح و حين أقر للثاني له مكذب فلم يصح قال و إذا قسم الميراث بين الغرماء و الورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل و لا من وارث و هذا شيء احتاط به بعض القضاة

(فيكون) أى إقراره (إقرارا على مال الغير) فلا يصح لان إقراره حجة قاصرة عليه فلا يصح في حق الغير (و لا كذلك) اي و ليس الحكم كما ذكر (بعد موته) اي بعد موت المودع (بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض) يعني إذا أقر المديون لرجل أنه و كيل صاحب الدين بقبض الدين حيث يؤمر بالدفع (لأن الديون تقضى بأمثالها) لا بأعيانها (فيكون اقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه) و من أقر على نفسه يؤمر بالخروج عن عهدته (و لو قال المودع) بفتح الدال (لآخر) اي لشخص آخر (هذا ابنه أيضاً و قال الاول) اي الابن الاول (ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح إقراره للاول) فى وقت لا مزاحم له (انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الاول فلا يصح إقراره للثاني كما) لا يصح الاقرار للثانى (لو كان الاول) اي الابن الاول (ابناً معروفاً) لانه لا مزاحم له (و لأنه حين أقر للأول لا مكذب له) يعني لم يكذب به أحد (فصح) أي إقراره (و حين أقر للثاني) أي للابن الثاني (له مكذب) و هو الأبن الاول (فلم يصح) و اعترض (١) بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول و أجابوا (٢) بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعد ما أقر لغير من أقر له القاضي و أما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً فلا يلزمه الإقرار به (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا قسم الميراث بين الغرماء و الورثة فإنه لا يؤخذ منهم) أي من الغرماء (كفيل (٣) و لا من وارث) أي و لا يؤخذ أيضاً كفيل من وارث (و هذا شيء) أي أخذ الكفيل شئ (احتاط به بعض القضاة) و كان ابن أبي ليلىّ يفعل كذلك

(١) اعترض الخ. كذا فى العناية. (٢) أجابوا بالتزام ذلك الخ. هذا هو الصواب و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و احمد رحمه الله تعالى فى قول كذا فى فتح القدير. (٣) كفيل . قال فى الدرر: أى لم يؤخذ منه كفيل بالنفس عند الامام رحمه الله تعالى و قالا يؤخذ اه و هذا ظاهر في أنه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس ثم رأيته =>

و هو ظلم و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا يأخذ الكفيل و المسألة فيما إذا ثبت الدين و الإرث بالشهادة و لم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره لهما أن القاضي .

بالكوفة في قضائه (و هو ظلم) هذا دليل على أن المجتهد يخطئ و يصيب و نص على أن الإمام أسبق الأئمة أبا حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى براء عن مذهب أهل الاعتزال حيث قالوا كل مجتهد مصيب (و هذا) أي عدم أخذ الكفيل من الغرماء و الوارث (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا) أى قال ابويوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يأخذ الكفيل) أى لا يدفع المال اليهم حتى يأخذ الكفيل و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى و قال في قول آخر لا يجب أخذ الكفيل بل يستحب و قيل إن كان الوارث ممن يحجب وجب و إلا فلا و قيل إن كان الوارث مأموناً لا يجب و إن كان غير مأمون يجب و قال الكاكيّ و هذا الدفع إلى الوارث إنما يصح إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره و إن كان يحجب بغيره لا يدفع المال اليه و إن كان وارثاً يختلف نصيبه و لا يحجب يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى أوفر النصيبين و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى مضطرب ذكره الصدر الشهيدّ في أدب القاضي (و المسألة فيما إذا ثبت الدين و الإرث بالشهادة و لم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره) قيد بقوله و لم يقل الشهود ...... إلى آخره لأنهم إذا قالوا ذلك يدفع اليه المال بلا أخذ كفيل بالاتفاق و عند ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى لا يثبت إرثه حتى يقول الشهود لا وارث له سواه و يأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضاً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و قال في وجه يجب أخذ الكفيل في جميع الصور و إذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار و لم يشهدوا على عدد الورثة و لم يقولوا في شهادتهم لا نعلم له وارثاً غيره فإن القاضي يتلوم (١) زماناً على قدر ما يرى و قدر الطحاويّ مدة التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم و إن لم يحضر دفع الدار اليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً كالأب و الأبن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع اليه و ان كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج و الزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين و هو النصف و الربع عند محمد رحمه الله تعالى و أقلهما و هو الربع و الثمن عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قول أبي حنيفة رحمه الله مضطرب (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن القاضي

=> لتاج الشريعة أبي السعودّ عن شيخهّ و لم ير في البحر. فتوقف في أنها بالمال أو بالنفس كذا في الشامية. (١) يتلوم أى يتأني و المراد تاخير القضاء لا تأخير الدفع بعده كما أفاده في البحر عن غاية البيان.

ناظر للغيب و الظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع اللقطة و الآبق إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل و لأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت و هو معلوم و أما الآبق و اللقطة ففيه روايتان و الأصح أنه على الخلاف

ناظر للغيب) بضم الغين المعجمة و تشديد الياء جمع غائب (و الظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع) أى القاضي (اللقطة) إلى رجل اثبت عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلا احتياطا (و الآبق) أي و كما إذا دفع العبد الآبق (إلى صاحبه) فانه يأخذ منه كفيلا احتياطاً (أو أعطى) أى و كما إذا أعطى (امرأة الغائب النفقة من ماله) أي من مال الزوج بأن كان عند إنسان وديعة يقر بها المودع و يقر بقيام النكاح فإنه يفرض لها النفقة و يأخذ منها كفيلا احتياطاً (و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن حق الحاضر ثابت قطعاً) فيما إذا كان القاضي يعرف يقيناً أنه لا وارث للميت غير الحاضر (أو ظاهراً) فيما إذا لم يعرف القاضي وارثاً آخر و احتمل وجود الآخر و عدمه فإذا كان الأمر كذلك (فلا يؤخر) أي حق الحاضر (لحق موهوم إلى زمان التكفيل) لأن القاضي ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجباً عليه (كمن أثبت الشراء ممن في يده) بالبينة (أو اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل) أي من المشتري أو من رب الدين مع احتمال مشتر آخر و دين آخر فلو أخذ الكفيل بناء على هذا الاحتمال يكون الأدنى معارضاً على الحجة الأعلى و انه لا يجوز (و لأن المكفول له مجهول) هذا دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل و ذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة و ههنا المكفول له مجهول فلا يصح (فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء) و لم يعين من هو فانه لا يصح (بخلاف النفقة) هذا جواب عما استشهد به من المسائل أما مسألة النفقة (لأن حق الزوج ثابت) في الوديعة (و هو) أي الزوج (معلوم) أيضاً فصحت الكفالة (و أما الآبق و اللقطة ففيه) أي ففي كل واحد منهما (روايتان) قال في رواية لا أحب ان يأخذ منه كفيلا و قال في رواية أحب أن يأخذ منه كفيلا (و الاصح انه على الخلاف) المذكور إذا ظهر الاستحقاق بالبينة و قالوا في شرح الجامع الصغير و الصحيح ان الرواية الاولى قول

و قيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت و لهذا كان له أن يمنع و قوله و هو ظلم أي ميل عن سواء السبيل و هذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ و يصيب لا كما ظنه البعض

أبي حنيفة رحمه الله تعالى فعلى ما قالوا لا يصح قياسها على تلك المسألة (و قيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد) فإنه لمن يطالبه (يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت) لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق (و لهذا) أي و لأجل ذلك (كان له) أي للقاضي (أن يمنع) أي من الدفع فصح تأخيره للتكفيل صيانة للقضاء (و قوله) أي و قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الجامع الصغير حين سأله أبو يوسف رحمه الله تعالى عن مسألة قسمة الميراث بين الغرماء (و هو ظلم أي ميل عن سوء السبيل) إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله (و هذا) أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة رحمه الله (أن المجتهد يخطيء و يصيب لا كما ظنه البعض) و هو المعتزلة ان كل مجتهد مصيب على مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى و انما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب و الحق عند الله واحد قلنا (١) معناه مصيب في الاجتهاد حتى يكون مثاباً و إن وقع اجتهاده مخالفاً

---

(١) قلنا معناه الخ. و الدليل على صحة هذا التاويل أنه لو حمل على ظاهره لكان متناقضاً فقوله الحق عند الله واحد يفيد أن ليس كل مجتهد أصاب الحق و إلا لكان الحق متعدداً فلزم أن معنى قوله "كل مجتهد مصيب" أي مصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد كما في فتح القدير و في البزازية من الدعوى بعد نقل عبارة الكتاب عن الإمام الأعظم قالوا: هذا كشف عن مذهبه بأن المجتهد يخطئ أيضاً قيل إذا قولهما بجواز التكفيل كشف عن الاعتزال و انت خبير بأن هذا الايراد باطل فانهما جوزا بالاجتهاد أخذ الكفيل قياسا على رد الآبق و اللقطة فأنى يلزم منه كون كل مجتهد مصيباً و الاستدلال من وصف الإمام بالظلم بناء على ملازمة عادية كانت في تلك العصر من عدم تقليد القضاء إلا من المجتهد فكان التكفيل الصادر من القاضي تكفيلاً من القاضي المجتهد و يكون المراد من بعض القضاة القاضي المعهود و زيف أيضاً بأن المجتهد إذا أخطأ فله أجر بلا خلاف و غايته أنه بالتكفيل أخطأ فلا يكون ظلماً فلا يصح الاستدلال و أجيب عنه بأن الإمام قال و هو ظلم و ميل فالوصف بالميل دل على أن المراد بالظلم وضع الشيء في غير موضعه و الإطلاق و لو بالمجاز دل أنه يخطئ إذ لولاه لما صح ذلك فحصل الكشف بالوصف الواقع من الإمام بالاتصاف في المواقع اه و حاصله أن وصفه بأن فعله ظلم لا يقتضي أنه في الواقع ظالم بمعنى مرتكب للحرام و إن صح أن يقال إنه ظالم أي واضع لأخذ الكفيل في غير موضعه و المقصود تأويل العبارة بحيث لا تفيد أن القاضي بأخذه الكفيل آثم لأن ثبوت الأجر له في ذلك ينافي الإثم و في الأصل قال أبو حنيفة: أرأيت لو لم يجد كفيلاً كنت أمنعه حقه بشيء أخاف و لم يستبن بعد و لم يجب عليه بعد اه و الأولى في الجواب عن قول الإمام في حق ابن أبي ليلى مع كونه مجتهداً ما قاله في التلويح و عبارته و المخطئ في الاجتهاد لا يعاقب و لا ينسب إلى الضلال بل يكون معذوراً و مأجوراً إذ ليس عليه إلا بذل الوسع و قد فعل فلم ينل الحق لخفاء =>

قال و إذا كانت الدار في يد رجل و أقام الآخر البينة أن أباه مات و تركها ميراثاً بينه و بين أخيه فلان الغائب قضي له بالنصف و ترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه و لا يستوثق منه بكفيل و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا إن كان الذي في يديه جاحداً أخذ منه و جعل في يد أمين و إن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لأنه أمين و له أن القضاء و قع للميت مقصوداً و احتمال كونه مختاراً للميت ثابت فلا ينقض يده كما إذا كان مقراً و جحوده

عند الله عزوجل فقد قال محمد رحمه الله تعالى لو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما نفذ قضاؤه و قد اخطأ السنة جعل قضاءه صواباً مع فتواه انه مخطئ للحق عند الله عزوجل كذا في التقويم (قال) اي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كانت الدار في يد رجل و أقام الآخر) أي رجل آخر (البينة ان اباه مات و تركها) اي الدار (ميراثاً بينه و بين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف) اى بنصف الدار (و ترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه و لا يستوثق منه) اى من صاحب اليد (بكفيل) اى لا يؤخذ من ذى اليد كفيل (و هذا) اى ترك النصف الآخر في يد من في يده (عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى) و عدم الاستيثاق بالكفيل هنا فبالاجماع و الخلاف في الذى ذكرناه (و قالا (١)) اى أبو يوسف و محمد رحمهما الله (ان كان الذي هو في يديه جاحداً اخذ منه) اى اخذ منه الكفيل (و جعل في يد امين) حتى يقدم الغائب (و إن لم يجحد ترك في يده) لانه امين (لهما) اى لابي يوسف و محمد رحمهما الله (ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين) فترك في يده (و له) اى و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (ان القضاء و قع للميت مقصوداً) لان القضاء بالإرث قضاء للميت و لهذا يقضي ديونه منه و ينفذ وصاياه (و احتمال كونه) اى كون صاحب اليد (مختاراً للميت ثابت فلا ينقض يده) بيد من هو غير مختار له و إنما قال و احتمال كونه لان كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي و احتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به (كما إذا كان) من بيده (مقراً) فانه إنما يترك الباقي بيده كذلك (و جحوده) هذا جواب عن قولهما إن الجاحد خائن فأجاب بقوله و جحوده أى جحود من في يده

=> دليله إلا أن يكون الدليل الموصل إلى الصواب بيناً فأخطأ المجتهد لتقصير منه و ترك مبالغة في الاجتهاد فانه يعاتب و ما نقل من طعن السلف بعضهم على بعض في المسائل الاجتهادية كان مبنياً على أن طريق الصواب بين في زعم الطاعن اه و في مناقب الكردري: ما زال أبو حنيفة يخطيء ابن أبي ليلى و هو قاضي الكوفة حتى عزله الخليفة كذا في البحر. (١) قالا الخ. و في الدر المختار: و قولهما إستحسان نهاية.

قد ارتفع بقضاء القاضي و الظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له و للقاضي و لو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ و النزع أبلغ فيه بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها و لهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار و كذا حكم وصي الأم و الأخ و العم على الصغير و قيل المنقول على الخلاف أيضاً و قول أبي حنيفةؒ فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ و إنما لا يؤخذ الكفيل

(قد ارتفع بقضاء القاضي) و كذا لازمه (و الظاهر (١) عدم الجحود في المستقبل لصيرورة (٢) الحادثة معلومة له) اى للإبن (و للقاضي) فالظاهر انه إنما جحد لاشتباه الامر عليه و قد زال ذلك بالحجة (و لو كانت الدعوى في منقول) و المسألة بحالها (فقد قيل يؤخذ) اى النصف الآخر (منه) اى من ذى اليدؒ (بالاتفاق لانه يحتاج فيه إلى الحفظ و النزع ابلغ فيه) اى (٣) في المنقول لانه لما جحده من بيده ربما يتصرف فيه إما لخيانة او لزعمه انه ملكه فالأخذ منه ابلغ في الحفظ (بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها و لهذا) اى و لكون العقار محصنة بنفسها (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار و كذا حكم وصي الام و الأخ و العم على الصغير) من بيع العروض على الكبير و إنما خصهم بالذكر إذ ليس لهم ولاية التصرف و لهم ولاية الحفظ و هذا من باب الحفظ (و قيل المنقول على الخلاف ايضاً) يعني لا يؤخذ نصيب الغائب من يد المدعي عليه على قول أبي حنيفةؒ خلافاً لهما و قال الا ستروشنيؒ في فصوله و أما المنقول فلا شك أن على قولهما يؤخذ نصيب الغائب من يده و يوضع على يدي عدل و اختلف المشايخؒ على قول أبي حنيفةؒ قال بعضهم لا ينزع من يده و قال بعضهم ينزع من يده (و قول أبي حنيفةؒ فيه) أي في المنقول (أظهر) من قوله في العقار (لحاجته إلى الحفظ) أي لحاجة المنقول إلى الحفظ فإذا لم ينزع من يده كان مضموناً عليه و إذا نزع منه لم يبق مضموناً عليه فكان الحفظ في عدم النزع اكثر (و إنما لا يؤخذ الكفيل) هذا راجع إلى قوله و لا تستوثق منه بكفيل و معناه لا يؤخذ من ذى اليد كفيل

(١) و الظاهر الخ. جواب عما لوقيل لما جحد مرة فالظاهر أنه يدوم على جحوده فقال و الظاهر عدم الجحود فى المستقبل لأن من الجائز أن جحوده لاشتباه الأمر عليه و قد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود و للقاضى أيضا و بعد ما صار مسجلا مثبتا فى خريطة القاضى يؤمن جحود ذى اليد لعلمه أنه لا يلتفت إلى ذلك و يؤمن تصرفه فيه لعلمه أن القاضى لا يمكنه منه كذا فى الكفاية. (٢) لصيرورة الحادثة الخ. لا يقال موت القاضى و الشهود و نسيانهما للحادثة و احتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملا لأن ذلك نادر و النادر لا حكم له كذا فى العناية. (٣)أى فى المنقول كذا فى معراج الدراية و النهاية الظاهر أن يقال أى فى الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافى كذا فى السعدية.

لأنه إنشاء الخصومة و القاضي انما نصب لقطعها لا لإنشائها و إذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة و يسلم إليه النصف بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين فيما يستحق له و عليه ديناً كان أو عيناً لأن المقضي له و عليه إنما هو الميت في الحقيقة و واحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره

(لأنه إنشاء الخصومة) لأن من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه و القاضي يطالبه به فتنشأ الخصومة و القاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها و هو معنى قوله (و القاضي إنما نصب لقطعها) أي لقطع الخصومة (لا لإنشائها) فإن (١) قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل و القاضي يقطعها بحكمه باعطائه أجاب (٢) الاكملؒ عنه بقوله يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا إنشاء خصومة و هو (٣) مشروع لقطع الخصومة و رفعها فما فرضناه رافعاً لشيء كان منشئا له و هذا خلف باطل (و إذا حضر الغائب) و أراد أخذ نصيبه هل يكلف إلى إعادة البينة أم لا فقال المصنفؒ (لا يحتاج إلى إعادة البينة) في أخذ نصيبه من ذى اليد (و يسلم اليه النصف بذلك القضاء) لأن بينة الحاضر كانت له و لأخيه الغائب (لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له) أى للميت (و عليه) أي و على الميت سواء (ديناً كان أو عيناً لأن المقضي له و عليه إنما هو الميت في الحقيقة و واحد من الورثة يصلح خليفة عنه) أي عن الميت (في ذلك) الأمر و هو اختيار المصنفؒ و اختيار فخر الإسلامؒ و الخصافؒ و منهم من قال يكلف بإعادة البينة على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قتل العمد إذا أقام الحاضر البينة أن فلاناً قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب يحتاج إلى إقامة البينة (بخلاف الاستيفاء) جواب عما يقال لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت و جاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالإجماع تقرير الجواب أن الاستيفاء (لنفسه) خلاف ذلك (لأنه) أي لأن المستوفي (عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) و لقائل أن يقول فليكن عاملاً لنفسه في

---

(١) فان قيل هب الخ. أقول و يمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بحضم عن الغائب فى استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل كذا فى السعدية. (٢)أجاب الاكملؒ فى العناية ص ٤٣٤ ج٦. (٣)و هو مشروع لقطع الخ أقول لقطع الخصومة المتقدمة ثم أقول فيه بحث لأنه إن أراد كليا فممنوع ألا يرى إلى ضمان الدرك و إنْ أراد جزئيا فمسلم و لا يفيد اللهم إلا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم أنه ليس ههنا خصومة متقدمة إلا أن يقال ارتفع ذلك بقضاء القاضى فليتأمل كذا فى السعدية.

و لهذا لا يستوفي إلا نصيبه و صار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده و من قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة

نصيبه و نائباً عن غيره فيما زاد و لا محظور فيه و جوابه (١) أن السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالإجماع و ما كان كذلك لا يقبل التشكيك (و لهذا) أي و لأجل كون العامل لنفسه لا يصلح ان يكون نائباً لغيره (لا يستوفي) أي الحاضر (إلا نصيبه و صار كما إذا قامت البينة بدين الميت) فانه يقضي بالكل و لا يأخذ إلا نصيب نفسه (إلا أنه) استثناء من قوله لأن احد الورثة ينتصب خصما إلى قوله له و عليه يعني أنه لو ادعي أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون هو خصما في جميع الدين و لا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت التركة جميعها في يده و هو معنى قوله إلا أنه أي إلا أن الشأن (إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل) أي كل التركة (في يده) أي في يد الحاضر (ذكره في الجامع) أي الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث (لأنه) أي لأن الحاضر (لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده) و في الكافي أن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذى اليد و إنما ينتصب (٢) أحد الورثة خصماً عن الباقين اذا كان المدعي في يده و هذا بخلاف (٣) دعوى الدين فإن أحد الورثة ينتصب خصما و إن لم يكن في يده شيء من التركة و كذا ذكره في المحيط و الذخيرة (و من قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) أي يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين و السوائم و اموال التجارة بلغ النصاب أم لا لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة و القليل منه و لهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله و عليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة و ان لم تجب الزكاة و لا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار و الرقيق و أثاث المنازل و ثياب البذلة و غير ذلك

(١) و جوابه أن السائل الخ. أقول اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف و إلتجاء إلى جواب آخر و أنت تعلم أن كونه نائبا عن غيره فرع التوكيل من الغير و لم يوجد فليتأمل و لا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الاثبات فليتأمل كذا في السعدية. (٢)انما ينتصب الخ. و في البحر: إنما ينتصب خصما عن الباقي بثلاثة شروط: كون العين كلها في يده و أن لا تكون مقسومة و أن يصدق الغائب على أنها إرث عن الميت المعين.
(٣)بخلاف دعوى الدين الخ. ظاهر ما في الهداية و النهاية و العناية أنه لابد من كونها كلها في يده في دعوى العين أيضا و صرح في فتح القدير بالفرق بين العين والدين و هو الحق وغيره سهو كذا في البحر و وجه الفرق بين الدين و العين أن حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف مدعي العين أبو السعود كذا في المنحة على البحر.

و إن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء و القياس أن يلزمه التصدق بالكل و به قال زفرؒ لعموم اسم المال كما في الوصية

(و إن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء و القياس) في الأول أيضاً (أن يلزمه التصدق بالكل و به) أي بالقياس (قال زفرؒ) و هو قول (١) الشافعي و النخعي و البتي رحمهم الله تعالى و استدل زفرؒ و الشافعي رحمهما الله تعالى بقوله عليه الصلاة و السلام من (٢) نذر أن يطيع الله فليطعه و الجواب عنه انا نحن نقول به و قد بينا الفرق بين الوصية و النذر و قال الزهرى (٣) و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى يتصدق بثلث ماله سواء كان زيوفاً أم لا لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال(٤)لأبي لبابة رضى الله تعالى عنه حين قال إن من توبتي يا رسول الله ﷺ أن انخلع من مالي فقال عليه الصلاة و السلام يجزىء عنك الثلث و الجواب عنه انه ليس بنذر و ليس هو محل النزاع و قال الفقيه أبوالليثؒ في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف رحمه الله تعالى فى الأمالي حكاية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عن نفسه أنه إذا قال مالي في المساكين صدقة انصرف إلى مال الزكاة و إذا قال ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال و في قول مالك رحمه الله تعالى يتصدق بثلث ماله و في قول الشافعي رحمه الله تعالى عليه كفارة اليمين و روي عن الشعبيؒ أنه لا يجب عليه شيء إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليثؒ وجه القياس في التصدق بالكل ما قاله زفرؒ (لعموم اسم المال) فإنه عام يتناول ما تجب فيه الزكاة و مالا يجب فيه الزكاة فينصرف إلى الكل (كما في الوصية). فإنه إذا

(١) و هو قول الشافعيؒ الخ. كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبليؒ ص٣٤٠ ج١١ و فتح القدير ص٤٣٦ ج٦.

(٢)من نذر الخ. روى البخارىؒ فى الأيمان و النذور باب النذر فى الطاعة ص٩٩٠ ج١ عن عائشة رضى الله تعالى عنها عن النبى ﷺ قال من نذر أن يطيع الله فليطعه و من نذر أن يعصيه فلا يعصه و رواه ابوداؤدؒ فيه باب النذر فى المعصية ص١١٠ ج٢ و الترمذىؒ فيه باب ما جاء عن رسول الله ﷺ أن لا نذر فى معصية ص١٨٤ ج١ و النسائىؒ فيه باب النذر فى الطاعة ص١٤٥ ج٢ و ابن ماجةؒ فى الكفارات باب النذر فى المعصية ص١٥٥.

(٣)قال الزهرىؒ الخ. كذا فى المغنى ص٣٣٩ ج١١. (٤)قال لأبى لبابة رضى الله تعالى عنه الخ. روى البخارىؒ فى الزكاة باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى الخ ص١٩٢ ج١ قال كعب بن مالك رضى الله تعالى عنه قلت يا رسول الله إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة الى الله و الى رسوله قال امسك عليك بعض مالك فهو خير لك قلت فانى امسك سهمى الذى بخيبر و رواه فى الوصايا باب اذا تصدق أو أوقف بعض ماله الخ ص٣٨٦ ج١ و فى التفسير باب قوله لقد تاب الله على النبى و المهاجرين الآية ص٦٧٥ ج٢ و فى الأيمان باب اذا أهدى ماله على وجه النذر و التوبة ص٩٩٠ ج٢ و مسلمؒ فى التوبة باب حديث توبة كعب بن مالك و صاحبيه رضى الله تعالى عنهم ص٣٦٢ ج٢ و ابوداؤدؒ فى الأيمان باب من نذر أن يتصدق بماله ص١١٤ ج٢ و النسائىؒ فيه (باب) اذا أهدى ماله على وجه النذر ص١٤٧ ج٢ و فى رواية لأبى داؤد قال يجزئ عنك الثلث.

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال و لأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله و هو مال الزكاة أما الوصية فتقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل و تدخل فيه الارض العشرية عند أبي يوسفؒ لانها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده و عند محمدؒ لا تدخل لانه سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده و لا يدخل أرض الخراج بالإجماع لانه يتمحض مؤنة

اوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل و لا يختص بما فيه الزكاة (وجه (١) الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى) فايجاب الله الصدقة في مطلق المال ينصرف إلى مال الزكاة فكذا إيجاب العبد (فينصرف إيجابه) أي إيجاب العبد (إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال) و لا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شئ و هو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة و هو من جنس الوقوف بعرفات أو لأنه في معنى الصلاة لانه لانتظار اوقات الصلاة و لهذا اختص بمسجد جماعة و المنتظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فأخت الميراث لانها) أى لان الوصية (خلافة كهي) أي كالوراثة إذ في كل منهما تمليك مضافاً إلى ما بعد الموت (فلا يختص) أى الوصية (بمال دون مال) كالميراث لا يختص بمال الزكاة (و لان الظاهر) دليل آخر أي و لأن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله و هو مال الزكاة) لان الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فتقع في حال الاستغناء) عن الاموال (فينصرف إلى الكل) أي كل الاموال (و تدخل فيه) أي في النذر (الارض العشرية عند أبي يوسفؒ لانها) أي لان الارض العشرية (سبب الصدقة) و هي العشر فصارت الارض العشرية بمنزلة أموال التجارة من حيث كل واحد منهما من جنس الأموال التي يجب فيها الصدقة (إذ جهة الصدقة) أى العبادة (في العشرية راجحة عنده) أى عند أبي يوسفؒ و لهذا لا تجب على الكافر (و عند محمدؒ لا تدخل لانه) أى لان الارض العشرية على تأويل المكان أو لتذكير الخبر كما في قوله "هذا ربي" (سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده) أى عند محمدؒ و لهذا لا يعتبر فيه المالك فأشبه الخراج و ذكر الإمام التمرتاشيؒ قول ابي حنيفةؒ مع محمدؒ (و لا يدخل فيه) اى في النذر (ارض الخراج بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة) لان مصرفه المقاتلة و فيهم الاغنياء و قوله

(١) وجه الاستحسان أن ايجاب العبد الخ. أقول ليس معناه أن ايجاب العبد معتبر من كل الوجوه بايجاب الله تعالى و إلا لم يجب له التصدق بكل ماله و هو ظاهر كذا فى السعدية.

ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه أعم من لفظ المال والمقيد إيجاب الشرع و هو مختص بلفظ المال و لا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم

بالاجماع يتعلق بقوله و لا يدخل (و لو قال ما املك (١) صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال) و هو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكرها في الامالي و اليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني (لأنه) أى لأن لفظ الملك (اعم من لفظ المال) إذ الملك يطلق على المال و على غيره يقال ملك النكاح و ملك القصاص وملك المتعة بخلاف ما لو قال عبده حر إن ملك إلا خمسين درهماً فان ذلك ينصرف إلى مال الزكاة و ان نص على لفظ الملك ذكره في الجامع لان بقرينة الاستثناء يفهم ان المراد من الملك المال إذ استثناء الدراهم يدل على ان المستثنى من جنسه كذا ذكره المحبوبي (و المقيد) بتشديد الياء المكسورة هذا جواب عما يقال الصدقة بالاموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية و تقرير الجواب ان المقيد أى المقيد بمال الزكاة (ايجاب الشرع و هو) أى ايجاب الشرع (مختص بلفظ المال) قال الله عزوجل "خذ (٢) من اموالهم صدقة" و قال ﷺ هاتوا ربع عشر اموالكم (و لا مخصص في لفظ الملك) إذ لم يوجد من الله عزوجل إيجاب الصدقة مضافاً إلى الملك مخصصا باموال الزكاة (فبقي على العموم) و فيه (٣) نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع

(١) ما أملك صدقة الخ. ظاهره دخول الدين أيضا و حكي في القنية قولين و اعتمد في وصايا الوهبانية الدخول و نقل السائحاني عن المقدسي لا شك أن الدين تجب فيه الزكاة و يصير مالا عند الاستيفاء لكن في البحر عن الخانية عدم الدخول و هو مقتضى قولهم ان الدين ليس بمال حتى لو حلف أن لا مال له و له دين على الناس لم يحنث و نقل ابن الشحنة عن ابن وهبان أن في حفظه من الخانية رواية الدخول كذا في الشامية و في حيل الولوالجية من آخرها: رجل قال إن فعلت كذا فجميع ما أملكه صدقة في المساكين فأراد أن يفعل و لا يحنث يبيع جميع ما يملكه من رجل بثوب في منديل يقبضه و لم يره ثم يفعل ذلك أى المحلوف عليه ثم ينظر إلى الثوب و يرده بخيار الرؤية فلا يلزمه شئ اه كذا في البحر و في الشامية: قوله: (فلا يلزمه شئ) قال العلامة المقدسي و منه يعلم أن المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف انتهى. أقول و يعلم منه أن المشترى باسم المفعول بخيار الرؤية لا يدخل في ملكه حتى يراه و يرضى به قاله الشيخ أبو الطيب مدني و مسألة الحيلة تحتاج الى المراجعة حيث قال في الولوالجية: و ان كان له ديون على الناس يتصالح عن تلك الديون مع رجل بثوب في منديل ثم يفعل ذلك و يرد الثوب بخيار الرؤية فيعود الدين و لا يحنث انتهى (٢) خذ من أموالهم الآية. التوبة:١٠٣. (٣) و فيه نظر الخ. أقول ممنوع فان ايجاب الله تعالى الصدقة في جنس الأملاك يكفي لاعتبار ايجاب العبد به كما في ايجاب الاعتكاف على ما مر آنفا ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف الى مال الزكاة و البذلة و المهنة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى ايجاب على هذا الوجه فليتأمل كذا في السعدية.

و الصحيح أنهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك لان حاجته هذه مقدمة و لم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه و قيل المحترف يمسك قوته ليوم و صاحب الغلة لشهر و صاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال و على هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله قال

(و الصحيح أنهما) أي أن لفظ مالي و ما املك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية و هو اختيار شمس الأئمة ذكره في مبسوطه و هو اختيار أبي بكر البلخي (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) الملتزم بفتح الزاي و أراد باللفظين قوله مالي في المساكين صدقة و قوله ما أملكه صدقة في المساكين بيان هذا أن الملتزم الصدقة و الصدقة إنما تجب على العبد شرعاً في المال الفاضل عن الحاجة و كذا في إيجاب العبد على نفسه و الفاضل عن الحاجة مال الزكاة فلذلك اختص لفظ الملك و المال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة هكذا بخط شيخي العلامة (على ما مر) قال الكاكي إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى و ليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله و المقيد إيجاب الشرع و هو لفظ المال و لعله إشارة إلى قوله و لأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته) لأن حاجته هذه مقدمة إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه و قبيح أن يتصدق بماله و يسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئاً) يعني إذا حصل له شيء من الدنيا (تصدق بما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة) على الصدقة وغيرها (و لم يقدر بشيء) على صيغة المجهول يعني لم يبين في المبسوط مقدار ما يمسك (لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال و قلتها (و قيل المحترف يمسك قوته ليوم) اى لأجل نفقة يوم لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً (و صاحب الغلة) اي صاحب الدور و الحوانيت و البيوت التي يؤجرها لشهر) اي يمسك قوله لأجل نفقة شهر واحد لأن يده تصل إلى ما ينفق شهرا فشهرا (و صاحب الضياع لسنة) اي يمسك صاحب الضيعة قوته لأجل نفقة سنة واحدة لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنة فسنة (على حسب التفاوت فى مدة وصولهم إلى المال) تارة يصل إلى المال عند مضى نصف سنة و تارة في آخر سنة (و على هذا) اى و على هذا الاعتبار (صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) اعتباراً لتفاوت وصولهم إلى المال (قال) اى محمد في الجامع الصغير

و من أوصي اليه و لم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي و البيع جائز و لا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم و عن أبي يوسفؒ أنه لا يجوز في الفصل الاول أيضاً لان الوصاية إنابة بعد الموت فيعتبر بالإنابة قبله و هي الوكالة وجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم و هذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل

(و من أوصي إليه) على صيغة المجهول (و لم يعلم بالوصاية) اى و لم يعلم أنه وصي (حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي و البيع جائز و لا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) أنه وكيل لتوقف التوكيل على العلم و قال أحمدؒ لا يتوقف التوكيل على العلم كالوصاية و في الجامع فان أعلمه إنسان بالوكالة فباع فهو جائز و لا يكون نهياً عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل هذا لفظ محمدؒ فيه و في شروحه أن عندهما يثبت العزل بخبر الواحد سواء كان عدلاً أو فاسقاً او عبداً او حراً او غير ذلك كالوكالة (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً) يعني لا يجوز بيع الوصي أيضاً قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة (لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله) اي قبل الموت (و هي الوكالة) اى الإنابة قبل الموت هي الوكالة قال الكاكيؒ قوله لأن الوصاية إنابة اي جعل الوصي نائبا عن نفسه و الإنابة يعني جعل الغير نائباً عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس بل هي مستعملة فيها بمعنى الرجوع كقولهم أناب الى الله أي رجع فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة بمعنى جعل الغير نائباً عن نفسه قال شيخي العلامة صاحب النهايةؒ ليس هذا هو موضع عيب اذ صاحب الكشاف استعملها في ذلك في الكشاف في سورة الروم و كفى قوله حجة في اللغة انتهى قلت لا يحتاج الى هذه الحوالة فإن (١) الجوهريؒ قال ناب عني فلان ينوب منابا اي قام مقامي و يستخرج منه صحة قول المصنفؒ (و جه الفرق) بينهما (على الظاهر) أى ظاهر الرواية (أن الوصاية خلافة لإضافتها الى زمان بطلان الإنابة) و هو بعد الموت (فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث) بالبيع و لم يعلم بموت المورث فإنه صحيح (أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم و هذا) اي توقف الوكالة على العلم و عدم توقف الوصية عليه (لأنه) اي لأن التوكيل (لو توقف على العلم) و في بعض النسخ لأنها لو توقفت عليه اي توقفت الوكالة على العلم (لا يفوت النظر لقدرة الموكل

(١) فان الجوهرىؒ قال فى الصحاح مادة نوب ص٢٢٨ ج١ .

و في الاول يفوت لعجز الموصي و من أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام أمر قال و لا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل و هذا عند أبي حنيفةؒ و قالا هو و الأول سواء لأنه من المعاملات و بخبر الواحد فيها كفاية و له أنه خبر ملزم

و في الأول يفوت لعجز الموصي) أراد بالأول الوصاية يعني لو توقفت الوصاية على العلم يفوت النظر لعجز الموصي بالموت ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة اذا ثبتت مقصودة و كذلك اذن الصبي و العبد بالتجارة ان كان قصداً لا يثبت بدون العلم لأن الإذن من الأذان يعني الإعلام و الاعلام لا يتصور بدون العلم أما اذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف ففيه روايتان: نحو أن يقول الموكل لرجل إذهب بعبدي الى فلان فيبيعه فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه و أعلمه أن صاحب العبد أمره ببيعه فاشتراه صح شراؤه منه و ان لم يخبره بذلك و اشتراه منه ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الوكالة أن البيع جائز و جعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع و ذكر في كتاب الزيادات أنه لا يجوز البيع (و من أعلمه) من أعلم الوكيل (من الناس بالوكالة) أطلق اسم الناس ليتناول كل مميز صغيرا كان او كبيرا أو كافرا او مسلما أو رجلا أو امرأة أو فاسقا أو عدلا (يجوز تصرفه لأنه اثبات حق لا الزام أمر) اى اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام و ما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف و في أصول شمس الأئمةؒ المعاملات لا الزام فيها كالوكالات و المضاربات و الإذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد و قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لا يثبت الوكالة و العزل عنها بخبر الواحد (و لا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده) أي عند الوكيل (شاهدان أو رجل عدل) و المراد من الشهادة الإخبار إذ لفظ الشهادة ليس بشرط ذكره في جامع قاضي خانؒ (و هذا) أي اشتراط الشاهدين أو رجل عدل (عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا هو) أي النهي عن الوكالة (و الأول) هو الإعلام بالوكالة (سواء) في الاكتفاء بخبر الواحد (لأنه) أي لأن العزل (من المعاملات و بخبر الواحد) أي و بإخبار الواحد (فيها) أي في المعاملات (كفاية) فيثبت بخبر الفاسق اعتباراً بالوكالة و الإذن للعبد في التجارة بخلاف الديانات فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين فلأن لا تثبت بخبر الواحد الفاسق أولى كذا ذكره المحبوبيؒ (و له) أي و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى (أنه) أي أن العزل (خبرا ملزم)أما كونه خبرا فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام و أما كونه ملزما فلأنه يلزم الامتناع

(١) قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى الخ. كذا في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص٢٦٧ ج٥.

فيكون شهادة من وجه فيشترط أحد شطريها و هو العدد أو العدالة بخلاف الأول و بخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال و على هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده و الشفيع و البكر و المسلم الذي لم يهاجر إلينا قال

عن التصرف (فيكون شهادة من وجه) دون وجه فمن حيث أنه ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف تشترط الشهادة (فيشترط (١) أحد شطريها) أي أحد شطري الشهادة (و هو) أي أحد شطري الشهادة (العدد) بأن يكون اثنان (أو العدالة) بأن يكون واحداً عدلاً (بخلاف الأول) أي التوكيل لأنه لا إلزام فيه بوجه (و بخلاف رسول الموكل) فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك (لأن عبارته) أي عبارة الرسول (كعبارة (٢) المرسل للحاجة إلى الإرسال) إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله (و على هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى و صاحبيه في اشتراط أحد شطريها فيما فيه إلزام المسائل الأربعة الآتية أقول و ههنا ست مسائل ذكر المصنفؒ منها خمسة منها: عزل الوكيل و قد مضى ثم ذكر الأربعة بعد ذلك الأولى هي قوله (إذا أخبر المولى بجناية عبده) فإن أخبره اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع كان اختياراً منه للفداء و إن أخبره فاسق و صدقه فكذلك و إلا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما الثانية هي قوله (و الشفيع) إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت شفعته و إن أخبره فاسق و كذبه فعلى الاختلاف الثالثة هي قوله (و البكر) إذا بلغها تزويج الولي فسكتت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف و إن أخبرها فاسق فكذبته فعلى الإختلاف الرابعة هي قوله (و المسلم الذي لم يهاجر إلينا) إذا أخبره اثنان أو عدل (٣) بما عليه من الفرائض لزمته و بتركها يجب عليه القضاء و إن أخبره فاسق و كذبه فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافاً لهما و السادسة التي لم يذكرها المصنفؒ عزل المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه و هو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب و إن كان فسقاً و كذبه ثبت الحجر عندهما خلافاً لابي حنيفة رحمه الله تعالي و قيد بتلقاء نفسه لأن حكم

---

(١)فيشترط إلى قوله أو العدالة أقول فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط فى العدد و أن قوله عدل صفة رجل قال فى التلويح و هو الأصح كذا فى السعدية. (٢) كعبارة المرسل الخ. أقول فكما لا تشترط العدالة فى المرسل لا تشترط فى الرسول أيضا كذا فى السعدية. (٣) عدل. و فى البحر: اختار السرخسيؒ قبول خبر الفاسق حتى تجب عليه الأحكام بخبره لأن المخبرله رسول رسول الله ﷺ و العدالة لا تشترط فى الرسول و صححه الشارحؒ و رده فى فتح القدير و التحرير بأن عدم اشتراط العدالة إنما هو فى الرسول الخاص بالارسال و إلا فليزم على قوله أن لا تشترط العدالة في رواية الحديث.

و اذا با ع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء و أخذ المال فضا ع و استحق العبد لم يضمن لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي و القاضي قائم مقام الإمام و كل واحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق و يرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجو ع على العاقد كما اذا كان العاقد محجوراً عليه و لهذا يبا ع بطلبهم و إن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضا ع المال رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت

الرسول حكم مرسله كما ذكرنا (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا با ع القاضي أو أمينه (١) عبداً للغرماء و أخذ المال) أي الثمن (فضا ع) أي الثمن (و استحق العبد لم يضمن) أي القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي و القاضي قائم مقام الإمام) و الإمام لا يضمن فكذا القاضي أو أمينه و هو معنى قوله (و كل واحد منهم) أي من الإمام و القاضي و أمينه (لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة) خوفاً من الضمان (فتضيع الحقوق) أي حقوق المسلمين (و يرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم) أي للغرماء فإذا كان كذلك (فيرجع عليهم) أي على الغرماء (عند تعذر الرجو ع على العاقد كما إذا كان العاقد محجوراً عليه) أطلق (٢) لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور و الصبي المحجور فإن من وكل صبياً محجوراً يعقل البيع و الشراء أو عبداً محجورا جاز العقد بمباشرتهما و لا يتعلق حقوق العقد بهما بل يتعلق بموكلهما لأن التزام العهدة لا يصح منهما ففى الصبى لقصور أهليته و فى العبد لحق سيده و الأصل أنه إذا تعذر تعلق حقوق العقد بالعاقد يتعلق بأقرب الناس إلى العاقد كما في توكيل المحجور و أقرب الناس فيما نحن فيه الغريم لوقوع العقد له (و لهذا) أي و لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء (يبا ع) أي العبد (بطلبهم) أي بطلب الغرماء (و إن أمر (٣) القاضي الوصي ببيعه للغرماء) أي ببيع العبد (ثم استحق أو مات) أي العبد (قبل القبض و ضا ع المال رجع المشتري على الوصي لأنه) أي لأن الوصي (عاقد نيابة عن الميت) هذا ظاهر إذا كان

(١)أمينه و فى الشامية إعلم أن أمين القاضى هو من يقول له القاضى جعلتك أمينا فى بيع هذا العبد أما اذا قال بع هذا العبد و لم يزد عليه اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى و الصحيح أنه لا يلحقه عهدة ذكره شيخ الاسلام خواهر زادهؒ كما فى البحر معزيا إلى شرح التلخيص للفارسيؒ أقول و المسألة مذكورة هكذا فى الفتاوى الو لوالجية منح. (٢) أطلق الخ. نحوه فى الكفاية. (٣) أمر القاضى الخ. و التقييد بأمر القاضى إتفاقي و ليعلم حكمه بغير أمره بالأولى و لهذا قال الامام الحصيرىؒ: و أمر القاضى و عدم أمره سواء كذا فى البحر.

و إن كان بإقامة القاضي عنه فصارَ كما إذا باعه بنفسه قال و يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم و إن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا و يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً لأنه لحقه في أمر الميت و الوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

فصل آخر

و إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه

الميت أوصى إليه (و إن كان) أي الوصي (بإقامة القاضي عنه) أي عن الميت (فصار كما إذا باعه) أي إذا باعه الميت (بنفسه) حال حياته و ثمة كان يرجع الحقوق إليه فكذا هنا لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه و عقد النائب كعقد المنوب عنه (قال) يجوز أن يكون فاعله محمداً رحمه الله تعالى لأنه كذا حكي عن أبي حنيفة رحمه الله و يجوز أن يكون فاعله المصنفؒ تأمل (و يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم) أي لأن الوصي عامل للغرماء و من عمل عملاً لغيره و لحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل (و إن ظهر للميت مال) آخر بعد ذلك (يرجع الغريم فيه بدينه) أي يأخذ دينه من ذلك و هل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا) أي المشايخؒ (و يجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) كما رجع بدينه و إنما قال بهذا اللفظ لأن فيه اختلافا قال أبو الليثؒ يجوز أن يقال يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري (لأنه) أي لأن الضمان (لحقه في أمر الميت) و عن بعض المشايخؒ لا يرجع لأن الضمان إنما لحقه بفعله و في الكافي الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك و هو مضطر فيه (و الوارث إذا بيع له) أي لأجله يعني إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة و هو صغير فباعه الوصي ثم اشترى رجع المشتري بالثمن على الوصي و الوصي على الوارث أشار إليه بقوله (بمنزلة الغريم) حيث يرجع (لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له) أي للوارث.

(فصل آخر)

أي هذا فصل آخر في بيان مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء و هو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل و بعد ه مقبول أم لا (و إذا قال القاضي) يعني لك (قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه) و سعك أن ترجمه (أو بالقطع) أي أو إذا قال لك قضيت عليه بالقطع (فاقطعه) وسعك أن تقطعه (أو بالضرب) أي أو إذا قال لك قضيت عليه بالضرب (فاضربه) وسعك أن تضربه

وسعك أن تفعل و عن محمدٌ أنه رجع عن هذا و قال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط و الخطأ و التدارك غير ممكن و على هذه الرواية لا يقبل كتابه و استحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه وجه (١) ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء ه فيقبل لخلوه عن التهمة و لأن طاعة أولي الأمر واجبة

و قوله (وسعك أن تفعل) جواب قوله و إذا قال القاضي في ثلاث صور (و عن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا) لأنه كان حكي هذا عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى في الجامع الصغير ثم رجع عنه (و قال لا تأخذ بقوله) أي بقول هذا القاضي (حتى تعاين الحجة) أي تراها بعينك يعني ما لم تكن الشهادة بحضرتك و قال الكاكيّ أو يشهد (٢) على ذلك مع القاضي عدل و هذه رواية ابن سماعةٌ عن محمد رحمه الله تعالى (لأن قوله) أي قول القاضي (يحتمل الغلط و الخطأ و التدارك) بعد وقوع الأمر (غير ممكن) لفواته و به أخذ مشايخناً لفساد قضاة هذا الزمان لا سيما قضاة مصر لأن أكثرهم يتولون بالرشا فأحكامهم باطلة و صدق خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبياء عليهم الصلاة و السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب و الغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان لغلبة الجهل و الفسق فيهم (و على هذه الرواية) أي الرواية التي رويت عن محمد رحمه الله تعالى (لا يقبل كتابه) أي كتاب القاضي إلى القاضي و قال المصنفٌ (و استحسن المشايخ هذه الرواية) و قالوا ما أحسن هذا في زماننا (لفساد حال أكثر القضاة في زماننا) فلا يؤتمنون (إلا في كتاب القاضي) إلى القاضي فانهم لم يأخذوا بهذه الرواية و أخذوا بظاهر الرواية (للحاجة إليه) أي للضرورة إلى كتاب القاضي إلى القاضي (وجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أنه) أي أن القاضي (أخبر عن أمر يملك إنشاءه) لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء و من أخبر بما تمكن به من الإنشاء لا يرد (فيقبل لخلوه عن التهمة) و قال (٣) الأكملٌ و فيه بحث و هو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها و الثاني ممنوع و الاول يجري إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة (و لأن طاعة أولي الأمر واجبة) هذا دليل آخر أي لأن القاضي من أولي الأمر و طاعة أولي

(١)وجه ظاهر الرواية. ن. وجه الظاهر. (٢)يشهد على ذلك الخ. و هذا يفيد أن القاضي يشهد و ليس معناه إلا أن يشهد القاضي و العدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضي و إلا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه و ليس هنا من يشهد عنده إلا المأمور باقامة الحد و هذا بعيد في العادة أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان و فلان يؤدى الآخر عنده و لذا اقتصر محمدٌ على معاينة حضور الشهادة من المامور كذا في فتح القدير. (٣)قال الاكملٌ في العناية.

و في تصديقه طاعة (١) و قال الإمام أبو منصورٌ إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ و الخيانة و إن كان عدلاً جاهلاً يستفسر فإن أحسن التفسير

الأمر واجبة (و في تصديقه طاعته) أي طاعة القاضي و كان ينبغي أن يقال إطاعته (و قال (٢) الإمام أبو منصورٌ) الماتريدى و اسمه محمد (٣) بن محمد بن محمود و نسبته إلى ما تريد محلة من سمر قند و يقال ما تريت أيضاً بالتاء (إن كان) أي القاضي (عدلاً عالماً يقبل قوله لا نعدام تهمة الخطأ و الخيانة و إن كان عدلاً جاهلاً يستفسر) أي عن قضائه لتهمة الخطأ (فإن أحسن التفسير) أي تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلاً استفسرت المقر بالزنا كما

(١)طاعة. ن. طاعته. (٢)قال الامام ابو منصورٌ الخ. و ذكر الاسبيجابي أن المسألة مصورة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في القاضي العالم العدل لأنه إذا كان غير هذا لا يولى القضاء و لا يؤتمر بأمره بالاتفاق اه. فما قاله أبومنصورٌ كشف عن مذهب الإمام فلهذا اختاره في الكتاب و في التهذيب: و يصدق القاضي فيما قال من التصرف في الأوقاف و أموال اليتامى و الغائبين من أداء و قبض و إذا رفع إلى القاضي أنك حكمت على فلان بكذا و هو غائب لم يصدق فيه اه. و في جامع الفصولين من الفصل العاشر: و روى ابن سماعة أن القاضي لا يقضي بعلمه أقول: ينبغي أن يفتى به في غير كتاب القاضي لمعنى ظاهر في أكثر قضاة الزمان أصلح الله شأنهم و رأيت في عيون المذاهب أنه لو قال قاض عدل عالم حكمت على هذا بالرجم أو بالقطع فافعله وسعك أن تفعله إلا عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و محمد رحمه الله تعالى في رواية و به يفتى اه. فقد ثبت أن الفتوى على ما رجع إليه محمد رحمه الله تعالى لكن رأيت بعد ذلك في شرح أدب القضاء للصدر الشهيدٌ أنه صح رجوع محمد رحمه الله تعالى إلى قول أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى رواه هشامٌ عنه اه و الحاصل المفهوم من شرح الصدر الشهيد أن الشيخين قالا بقبول إخباره عن إقراره بشيء لا يصح رجوعه عنه مطلقاً و أن محمداً رحمه الله تعالى أولاً وافقهما ثم رجع عنه و قال لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه و هو المراد بقول من روي عنه أنه لا يقبل مطلقاً ثم صح رجوعه إلى قولهما و أما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شيء يصح رجوعه عنه كالحد لم يقبل قوله بالإجماع و إن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة و عدلوا و قبلت شهادتهم على ذلك تقبل في الوجهين جميعاً اه. كذا في البحر. و في المنحة على البحر: قوله: (إن الشيخين رحمهما الله تعالى قالا بقبول إخباره عن إقراره)أي إخبار القاضي عن إقرار الخصم بما لا يصح رجوع المقر عنه كالقصاص و حد القذف و الاموال و الطلاق و سائر الحقوق. (٣)محمد بن محمد الخ و في الفوائد البهية ص١٩٥. محمد بن محمد بن محمود أبومنصورٌ الماتريدى امام المتكلين و مصحح عقائد المسلمين تفقه على أبى بكر احمد الجوزجانى عن أبى سليمان الجوزجانى عن محمد رحمهم الله تعالى و تفقه عليه الحكيم القاضى اسحاق بن محمد السمرقندى و على الرستغفنى و أبو محمد عبد الكريم بن موسى البزدوى رحمهم الله تعالى و صنف التصانيف الجليلة و رد أكاذيب أقوال أصحاب العقائد الباطلة له كتاب التوحيد و كتاب المقالات و كتاب أوهام المعتزلة و رد الأصول الخمسة لأبى محمد الباهلى و رد الامامة لبعض الروافض و الرد على القرامطة و مآخذ الشرائع فى الفقه و الجدل فى أصول الفقه و غير ذلك مات سنة ثلاث و ثلاثين و ثلاثمائة (قال الجامع)نسبته إلى ما تريد بفتح الميم ثم الألف و ضم التاء المنقوطة باثنتين من فوق و كسر الراء المهملة و سكون الياء المثناة التحتية فى آخره دال مهملة و يقال ما تريت بالتاء الفوقية المثناة موضع الدال محلة بسمر قند ذكره السمعانىٌ (فى الأنساب ص١٥٥ ج٥)

وجب تصديقه و إلا فلا و إن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ و الخيانة قال و إذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها له عليك فقال الرجل أخذتها ظلماً فالقول قول القاضي و كذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا إذا كان الذي قطعت يده و الذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك و هو قاض و وجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي (١) بالجور ظاهراً و لا يمين عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق و لا يمين على القاضي و لو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن

هو المعروف فيه و حكمت عليه بالرجم و ثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه و أنه قتل عمداً بلا شبهة فحينئذ (وجب تصديقه) و قبول قوله (و إلا فلا) أى و إن لم يحسن تفسيره فلا يجب تصديقه و لا يقبل قوله (و إن كان) أي القاضي (جاهلا فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ) في الجهل (و الخيانة) أي و لتهمة الخيانة في الفسق (قال) أي محمدٌ في الجامع الصغير (و إذا عزل القاضي فقال الرجل أخذت منك ألفاً و دفعتها إلى فلان قد قضيت بها له عليك فقال الرجل أخذتها ظلماً فالقول قول القاضي و كذلك) أى القول قول القاضى (لو قال) أي القاضي (قضيت بقطع يدك في حق هذا) أى كون القول قول القاضي في هاتين الصورتين (إذا كان الذى قطعت يده و الذى أخذ منه المال مقرين أنه) أى أن القاضي (فعل ذلك) أي كل واحد من أخذ المال وقطع اليد (و هو قاض) يعني في حال قضائه (و وجهه) أى وجه كون القول قول القاضي في الوجهين (أنهما) أى أن القاضي و المأخوذ منه المال أو المقطوع يده (لما توافقا) أى اتفقا (أنه) أى أن القاضي (فعل ذلك) أى أخذ المال أو القطع حال كونه (في قضائه) يعني في حال ولايته (كان الظاهر) أى ظاهر الحال (شاهداً له) أى للقاضي (إذ القاضي لا يحكم) و في بعض النسخ لا يقضى (بالجور) أى بالظلم و الخروج عن الحق (ظاهراً) و القول قول من يشهد له الظاهر (و لا يمين عليه) أي على القاضي (لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق و لا يمين على القاضي) لان إيجابها عليه يفضى إلى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء و لانا لو ألزمنا عليه اليمين لكان خصماً و قضاء الخصم لا يجوز (و لو أقر القاطع) أى بأمر القاضي (أو الآخذ)أو أقر آخذ المال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) أى بالقطع أو الاخذ (لا يضمن)أى القاضي

---

(١) لا يقضى. ن. لا يحكم.

أيضاً لأنه فعله في حال القضاء و دفع القاضي صحيح كما إذا كان معايناً و لو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضاً و هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت و أنا مجنون و الجنون منه كان معهوداً و لو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل

(أيضاً لانه) أى لان القاطع او الآخذ (فعله في حال القضاء) و هو صحيح (و دفع القاضي صحيح) أى دفع القاضي المال إلى رب الدين او المستحق الذى هو الآخذ صحيح لانه دفعه في حالة القضاء و الظاهر انه دفعه بحق فدفعه صحيحا (كما إذا كان) اى دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء (معايناً) يعني في معاينة المأخوذ منه المال حكمه لا يضمن الآخذ فكذا إذا اقر بما اقر به القاضي (و لو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه) اي ان القاضي (فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل) اى او فعل بعد عزله (فالقول للقاضي ايضاً و هو الصحيح) احترز به عما ذكره شمس الأئمةؒ في جامعه ان القول للمدعي إذا قال فعله بعد العزل و علل المصنفؒ للقول الصحيح بقوله (لانه) اى لان القاضي (اسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان) لانه إذا عرف انه كان قاضياً صحت إضافة القطع او الاخذ إلى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة فينتفي بها الضمان وهو اختيار فخر الإسلامؒ و الصدر الشهيدؒ (فصار) أى اسناد القاضى ههنا (كما إذا قال) من عهد منه الجنون (طلقت) امرأتي (او اعتقت) اى أو قال اعتقت عبدى (و أنا مجنون و الجنون) اى و الحال ان الجنون (منه كان معهوداً) اى معلوماً بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق و العتاق لإضافته (١) إلى حالة منافية للايقاع (و لو اقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) و هو فصل ان المقطوع يده و

(١) لاضافته إلى حالة منافية الخ. ثم اعلم أن الأصل أن المقر إذا أسند إقراره إلى حالة منافية للضمان من كل وجه فإنه لا يلزمه شيء منها ما ذكرناه و منها لو قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك و أنا عبد فقال المقر له بل قطعتها و أنت حر فالقول للعبد و منها ما لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم و أنت عبد فقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول للمولى و منها الوكيل بالبيع إذا قال بعت و سلمت قبل العزل و قال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً و إن كان قائماً فالقول للموكل لأنه أخبر عما لا يملك الإنشاء و كذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقر بالأخذ و بالإضافة يدعي عليه التمليك و منها لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفقت عليك كذا و كذا من المال و أنكر اليتيم كان القول للوصي لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان و أورد في النهاية على هذا الأصل ما إذا أعتق أمته ثم قال لها قطعت يدك و أنت أمتي فقالت هي قطعتها و أنا حرة فالقول لها و كذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة و أبي يوسف مع أنه منكر للضمان بإسناد الفعل إلى حالة منافية للضمان فأجاب بالفرق من حيث إن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التمليك لنفسه فيصدق في إقراره و لا يصدق في دعواه التمليك له و كذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن =>

بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان و قول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق و لو كان المال في يد الآخذ قائماً و قد أقر بما أقر به القاضي و المأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله

المأخوذ ماله يزعم ان القاضي قطع و أخذ قبل التقليد او بعد العزل (بما اقربه القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان) و هو اخذ المال و قطع اليد (و قول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره) يعني لا يقبل في ذلك فان قيل ينبغي أن لا يضمن الآخذ و القاطع ايضاً لانهما أسندا الفعل ايضاً إلى حالة معهودة منافية للضمان الجواب ان جهة الضمان راجحة لان إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية و قضاء القاضي حجة ظاهرة و الظاهر لا يعارض القطعي (بخلاف الاول) أى الفصل الاول (لانه ثبت فعله) اى فعل القاضي (في قضائه بالتصادق) فكان بمنزلة الثابت معاينة (و لو كان المال في يد الآخر قائماً و قد اقر بما اقر به القاضي و المأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى انه فعله

=> يضمن المقر و ذكر الشارح أن هذا الفرق غير مخلص و هو كما قال و قد خرج هذا الفرع و نحوه بما زدناه على القاعدة من قولنا من كل وجه لأن كونها أمة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه لأنه يضمن فيما لو كانت مرهونة أو مأذونة مديونة فلم يرد و أصل المسألة في المجمع من الإقرار قال: و لو أقر حربي أسلم بأخذ مال قبل الإسلام أو بإتلاف خمر بعده أو مسلم بمال حربي في دار الحرب أو بقطع يد معتقة قبل العتق فكذبوه في الإسلام أفتى بعدم الضمان في الكل قال المصنف في شرحه و قالا: يضمن لأنه أسنده إلى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة فلا يبرأ بهذا الإسناد و في البزازية: صب دهناً لإنسان عند الشهود فادعى مالكه ضمانه فقال كانت نجسة لوقوع فأرة فالقول للصاب لإنكاره الضمان و الشهود يشهدون على الصب لا على عدم النجاسة وكذا لو أتلف لحم طواف فطولب بالضمان فقال كانت ميتة فأتلفتها لا يصدق و للشهود أن يشهدوا أنه لحم ذكي بحكم الحال و قال القاضي لا يضمن فاعترض عليه بمسألة كتاب الاستحسان و هي أن رجلاً لو قتل رجلاً قال كان ارتد أو قتل أبي فقتلته قصاصاً أو للردة لا يسمع فأجاب و قال: لأنه لو قبل لأدى إلى فتح باب العدوان فإنه يقتل و كان القتل لذلك و أمر الدم عظيم فلا يهمل بخلاف المال فإنه بالنسبة إلى الدم أهون حتى حكم في المال بالنكول و في الدم حبس حتى يقرأ و يحلف و اكتفى باليمين الواحدة في المال و بخمسين يميناً في الدم اه و الله تعالى أعلم كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: قوله: (و ذكر الشارح أن هذا الفرق غير مخلص) قال في الحواشي السعدية: لعدم جريانه فى صورة النزاع فى أخذ غلة العبد و قطع يد الأمة كما لا يخفى قوله: (فالقول للصاب الخ) ظاهره أن القول له فى عدم الضمان و ليس كذلك بل القول قوله فى كونه متنجسا و أما الضمان فلا فيضمن قيمته متنجسا قال الشيخ شرف الدين الغزىّ و قد أوضحناه فى تنوير البصائر على الأشباه أبو السعودّ و عليه فقوله لإنكاره الضمان معناه ضمان المثل.

في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة و قول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادة (١)

في غير قضائه يؤخذ) أى المال (منه) أى من الآخذ (لأنه) أى لأن الآخذ (اقر ان اليد كانت له) اى للمأخوذ منه (فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة) لانه لم يكن له ولاية الأخذ إلا بحجة ظاهرة (و قول المعزول) اى القاضي المعزول (فيه ليس بحجة) لكونه شهادة فرد بخلاف ما لو كان المال هالكاً لأن القاضي ينكر وجوب الضمان و القول قول المنكر و الله اعلم بالصواب.

(كتاب الشهادات)

أى هذا كتاب في بيان احكام الشهادات و هو جمع شهادة و الشهادة لغة خبر قاطع كذا في الصحاح (٢) يعني الإخبار (٣) بالشيء عن مشاهدة و عيان لا عن تخمين و حسبان و من هذا قالوا إنها مشتقة (٤) من المشاهدة و هى المعاينة و إليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله إذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهد و في الشريعة اخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء و الحكم و سببها (٥) في حق التحمل المشاهدة و في حق الاداء طلب المدعي و ركنها (٦) إستعمال

(١) الشهادة. ن. الشهادات. (٢) الصحاح للجوهريّ مادة شهد ص٤٩٤ ج٢. (٣) الإخبار بالشئ الخ. و فى البحر: قوله (الشهادة إخبار عن مشاهدة و عيان لا عن تخمين و حسبان) صرح الشارحٌ بأن هذا معناها اللغوى و هو خلاف الظاهر و انما هو معناها الشرعى أيضا كما أفاده فى إيضاح الاصلاح و المشاهدة المعاينة و العيان بالكسر المعانية كما فى ضياء الحلوم فهو تاكيد و التخمين الحدس و الحسبان بالكسر الظن و أورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فانها لم تكن عن مشاهدة و أجاب فى الايضاح بأن جوازها إنما هو للاستحسان و التعريفات الشرعية إنما تكون على وفق القياس و أما معناها فى الاصطلاح فقال فى العناية إخبار صادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالاخبار كالجنس و قوله "صادق" يخرج الأخبار الكاذبة و ما بعده يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات اه. و يرد عليه قول القائل فى مجلس القاضى أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات فالأولى أن يزاد لإثبات حق كما فى فتح القدير. (٤) مشتقة الخ. أقول بالاشتقاق الكبير كذا فى السعدية. (٥) و سببها الخ و فى فتح القدير: و سبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق و خاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب و سببية الطلب ثبتت بقوله تعالى و لا يأب الشهداء اذا ما دعوا و سببية خوف الفوت بالمعنى و هو أن سببية الطلب انما تثبت كى لا يفوت الحق اه ملخصا. (٦) و ركنها الخ و فى البحر: ركن الشهادة لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم كذا فى الشرح ما لم يأت فى آخرها بما يوجب الشك فلو قال أشهد بكذا فيما أعلم لا تقبل كما لو قال فى ظنى بخلاف ما لو قال أشهد بكذا قد علمت و لو قال لا حق لى قبل فلان فيما أعلم لا يصح الابراء و لو قال لفلان على ألف درهم فيما أعلم لا يصح الاقرار كما ذكره الامام الحصيريّ و لو قال المعدل هو عدل فيما أعلم لا يكون تعديلا ذكره فى باب أدب القضاء للخصافّ و الحاصل أن قوله فيما أعلم بعد الإخبار موجب للشك فيه عرفا فيبطل.

قال الشهادة فرض تلزم الشهود و لا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى "و لا يأب الشهداء

لفظة الشهادة و شروطها (١) كثيرة تأتي في أثناء المسائل و حكمها وجوب الحكم على القاضي بما يثبت بها و في المبسوط (٢) و القياس يأبى على كون الشهادة حجة فى الأحكام لانه خبر يحتمل الصدق و الكذب و المحتمل لا يكون حجة ملزمة الا ان القياس ترك بالنصوص و الإجماع و وجه ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب القاضي ظاهر جداً لان القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه (قال) اى القدورى (الشهادة فرض) اى اداءها و تحملها إذا تعين و فرض كفاية إذا لم يتعين بالإجماع (تلزم الشهود) أى أداء الشهادة (و لا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي) و قوله لا يسعهم تأكيد لقوله تلزم الشهود (لقوله تعالى "و لا يأب (٣) الشهداء

(١) شروطها الخ. و فى البدائع: شرائط الشهادة نوعان: ما هو شرط تحملها و ما هو شرط أدائها فالأول ثلاثة: العقل وقت التحمل و البصر فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل و أعمى و أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع و لا يشترط للتحمل البلوغ و الحرية و الإسلام و العدالة حتى لو كان وقت التحمل صبياً عاقلاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ثم بلغ الصبي و عتق العبد و أسلم الكافر و تاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل و أما شرائط أدائها فأربعة أنواع: منها ما يرجع إلى الشاهد و منها ما يرجع إلى نفس الشهادة و منها ما يرجع إلى مكانها و منها ما يرجع إلى المشهود به فما يرجع إلى الشاهد البلوغ و الحرية و البصر و النطق و العدالة لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا جوازه و أن لا يكون محدوداً في قذف و أن لا يجر الشاهد إلى نفسه مغنماً و لا يدفع عن نفسه مغرماً فلا تقبل شهادة الفرع لأصله و الأصل لفرعه وأحد الزوجين للآخر و أن لا يكون خصماً فلا تقبل شهادة الوصي لليتيم و الوكيل لموكله و أن يكون عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له فلا يجوز اعتماده على خطه من غير تذكر عنده خلافاً لهما و أماما يخص بعضها فالإسلام إن كان المشهود عليه مسلما و الذكورة فى الشهادة بالحد و القصاص و تقدم الدعوى فيما إذا كان من حقوق العباد و موافقتها للدعوى فيما يشترط فيها فإن خالفتها لم تقبل إلا إذا وافق المدعي عند إمكانه و قيام الرائحة في الشهادة على شرب الخمر و لم يكن سكراناً لا لبعد مسافة و الاصالة في الشهادة بالحدود و القصاص و تعذر حضور الأصل في الشهادة على الشهادة و ما يرجع إلى الشهادة لفظ الشهادة و العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال و اتفاق الشاهدين و ما يرجع إلى مكانها واحد و هو مجلس القضاء و ما يرجع إلى المشهود به قد علم من الشرائط الخاصة اه ملخصا و فى المنحة على البحر فالحاصل أن شرائطها أربعة و عشرون شرائط التحمل ثلاثة و شرائط الأداء أحد و عشرون منها شرائط الشاهد سبعة عشر عشرة عامة و سبعة خاصة و منها شرائط نفس الشهادة ثلاثة و شرط مكانها واحد اه. (٢)و فى المبسوط للسرخسيّ ص ١١٢ ج١٦. (٣)و لا يأب الشهداء الآية. البقرة: ٢٨٢ قال الامام حجة الاسلام الرازى الجصاص الحنفيّ فى أحكام القرآن: قوله عز و جل (و لا يأب الشهداء إذا ما دعوا) روى عن سعيد بن جبير و عطاء و مجاهد و الشعبى و طاوس رحمهم الله تعالى إذا ما دعوا لاقامتها و عن قتادة و الربيع بن انس اذا دعوا لاثبات الشهادة فى الكتب و قال ابن عباس و الحسن هو على الامرين جميعاً من اثباتها فى الكتاب و اقامتها بعد عند الحاكم قال ابو بكر الظاهر انه عليهما جميعاً لعموم اللفظ و هو فى الابتداء على اثبات =>

اذا ما دعوا" و قوله تعالى "و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه"

إذا ما دعوا" هذا دليل على ان الطلب من المدعي شرط الفرضية و النهي عن الاباء عند الدعوى امر بالحضور للأداء (و قوله تعالى "و لا تكتموا (١) الشهادة و من يكتمها فانه آثم قلبه") إنما خص (٢) القلب و ان كانت الجملة آثمة لانه رئيس الاعضاء و المضغة التي ان صلحت صلح

=> الشهادة كانه قال اذا دعوا لاثبات شهاداتهم فى الكتاب و لا خلاف انه ليس على الشهود الحضور عند المتعاقدين و انما على المتعاقدين ان يحضرا عند الشهود فاذا حضراهم و سألاهم اثبات شهاداتهم فى الكتاب فهذه الحال هى المرادة بقوله (اذا ما دعوا) لاثبات الشهادة و اما اذا ما اثبتا شهادتهما ثم دعيا لاقامتها عند الحاكم فهذا الدعاء هو كحضور هما عند الحاكم لان الحاكم لا يحضر عند الشاهدين ليشهدا عنده و انما الشهود عليهم الحضور عند الحاكم فالدعاء الاول انما هو لاثبات الشهادة فى الكتاب و الدعاء الثانى لحضور هم عند الحاكم و إقامة الشهادة عنده و قوله تعالى (و استشهدوا شهيدين من رجالكم) يجوز ان يكون ايضاً على الحالين من الابتداء و الاقامة لها عند الحاكم و قوله تعالى (ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) لا يدل على ان المراد ابتداء الشهادة لانه ذكر بعض ما انتظمه اللفظ فلا دلالة فيه على خصوصه فيه دون غيره فان قال قائل لما قال (و لا يأب الشهداء اذا ما دعوا) فسماهم شهداء دل على ان المراد حال اقامتها عند الحاكم لانهم لا يسمون شهداء قبل ان يشهدوا فى الكتاب قيل له هذا غلط لان الله تعالى قال (و استشهدوا شهيدين من رجالكم) فسماهما شهيدين و امر باستشهادهما قبل ان يشهدا لانه لا خلاف ان حال الابتداء مرادة بهذا اللفظ و هو كما قال تعالى (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فسماه زوجا قبل ان تتزوج و انما يلزم الشاهد اثبات الشهادة ابتداء و يلزمه اقامتها على طريق الايجاب اذا لم يجد من يشهد غيره و هو فرض على الكفاية كالجهاد و الصلاة على الجنائز و غسل الموتى و دفنهم و متى قام به بعض سقط عن الباقين و كذلك حكم الشهادة فى تحملها و ادائها و الذى يدل على انها فرض على الكفاية انه غير جائز للناس كلهم الامتناع من يحمل الشهادة و لو جاز لكل احد ان يمتنع من تحملها لبطلت الوثائق وضاعت الحقوق و كان فيه سقوط ما امر الله تعالى به و ندب اليه من التوثق بالكتاب و الاشهاد فدل ذلك على لزوم فرض اثبات الشهادة فى الجملة و الدليل على ان فرضها غير معين على كل احد فى نفسه اتفاق المسلمين على انه ليس على كل احد من الناس تحملها و يدل عليه قوله تعالى (و لا يضار كاتب و لا شهيد) فاذا ثبت فرض التحمل على الكفاية كان حكم الاداء عند الحاكم كذلك اذا قام بها البعض منهم سقط عن الباقين و اذا لم يكن فى الكتاب الا شاهدان فقد تعين الفرض عليهما متى دعيا لاقامتها بقوله تعالى (و لا يأب الشهداء اذا ما دعوا) و قال (و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فانه آثم قبله) و قال (و اقيموا الشهادة لله) و قوله (يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على انفسكم) و اذا كان عنها مندوحة باقامة غيرهما فقد سقط الفرض عنهما لما وصفنا. (١)و لا تكتموا الآية. البقرة:٢٨٣. (٢)إنما خص الخ,و فى أحكام القرآن للجصاص: قوله عزوجل: (و من يكتمها فانه آثم قلبه) و انما أضاف الاثم إلى القلب و ان كان فى الحقيقة الكاتم هو الآثم لأن المأثم فيه إنما يتعلق بعقد القلب و لأن كتمان الشهادة انما هو عقد النية لترك أدائها باللسان فعقد النية من أفعال القلب لا نصيب للجوارح فيه و قد انتظم الكاتم للشهادة المأثم من وجهين أحدهما عزمه على أن لا يؤديها و الثانى ترك أدائها باللسان و قوله (آثم قلبه) مجاز لا حقيقة و هو آكد فى هذا الموضع من الحقيقة لو قال "و من يكتمها فانه آثم" و أبلغ منه و أدل على الوعيد و هو من بديع البيان و لطيف الاعراب عن المعانى تعالى الله الحكيم.

و إنما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق و الشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر و الإظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد و التوقي عن الهتك و الستر أفضل

الجسد كله و إن فسدت فسد الجسد كله كما جآء في الحديث فكأنه قيل فقد تمكن الاثم في أصل نفسه و ملك أشرف مكان فيه و لئلا يظن أن كتمان الشهادة من الآثام المتعلقة باللسان فقط و ليعلم أن القلب أصل متعلقه و معدن اقترافه و اللسان ترجمان عنه و لأن افعال القلوب اعظم من أفعال سائر الجوارح ألاترى أن أصل الحسنات و السيئات الايمان و الكفر و هما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب فقد شهد له بأنه من معاظم الذنوب و قال (١) الزمخشري كتمان الشهادة هو أن يضمرها و لا يتكلم بها فلما كان إثماً مقترفاً بالقلب أسند اليه لأن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغ (و انما يشترط طلب المدعي لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) لأن الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة قبل طلبه بل يتوقف على الطلب كما في سائر الحقوق و نوقض (٢) بما إذا علم الشاهد الشهادة و لم يعلم بها المدعي و يعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب عليه الشهادة و لا طلب ثمة و الجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق و هو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه فألحق به لا يقال قد مر آنفاً أن طلب المدعي سبب لأداء الشهادة و هو خلاف ما ذكره المصنف بقوله و إنما يشترط طلب المدعي فإنه يدل على أن طلبه شرط (٣) و هو غير السبب لأن معنى كلامه و إنما يشترط وجود سبب الأداء و هو طلب المدعي فالطلب سبب و وجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فإن قلت أما تجعله شرطاً و قوله تعالى "و لا يأب الشهداء" "و لا تكتموا الشهادة" سبباً قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى "أقم الصلاة لدلوك الشمس" (قال) أي القدروي (و الشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر و الإظهار لأنه) أي لأن الشاهد (بين حسبتين) بكسر الحاء تثنية حسبة و الحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة و في الصحاح (٤) احتسبت بكذا أجرا عند الله و الإسم الحسبة بالكسر و هى الأجر و الجمع الحسب (٥) و فلان محتسب البلد و لا تقل محسب (إقامة الحد) حسبة لله تعالى فيقام عليه الحد (و) الحسبة الأخرى (التوقي عن الهتك) أي التحفظ عن هتك المسلم حسبة لله تعالى (و الستر أفضل

(١) قال الزمخشري في الكشاف ص٣٢٩ ج١ (٢)نوقض الخ كذا فى العناية ص٤٤٧ ج٦. (٣)شرط الخ أقول و لك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا كذا فى السعدية (٤)الصحاح للجوهري ص١١٠ ج١ (٥)الحسب كعنب.

لقوله عليه الصلاة و السلام للذي شهد عنده لو ستر ته بثوبك لكان خيراً لك و قال عليه الصلاة و السلام

لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيراً لك) قلت الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء و لكنه حمل ماعزاً رضى الله تعالى عنه إلى أن اعترف عند النبي ﷺ بالزنا كما رواه (١) أبو داود والنسائيّ عن سفيان عن زيد بن أسلم عن يزيد بن نعيم عن أبيه أن ماعزاً رضى الله تعالى عنه اتى النبي ﷺ فأقر عنده أربع مرات فأمر برجمه و قال لهزال رضى الله تعالى عنه لو سترته بثوبك كان خيراً لك ثم أخرج أبوداودّ عن إبن المنكدر أن هزالاً رضى الله تعالى عنه أمر ماعزاً رضى الله تعالى عنه أن يأتي النبي ﷺ فيخبره انتهى بلفظ أبي داودّ و رواه (٢) عبد الرزاقّ في مصنفه و لفظه أن النبي ﷺ قال لهزال رضى الله تعالى عنه لو سترته بثوبك لكان خيراً لك انتهى. قلت لم أر أحداً من الشراح حرز هذا الموضع حتى قال (٣) الأكملّ أيضاً قوله عليه الصلاة و السلام للذي شهد عنده و هو رجل يقال له هزال الاسلمي رضى الله تعالى عنه لو سترته بثوبك و في رواية بردائك لكان خيراً لك انتهى و قد قلنا إن الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عند النبي ﷺ و كيف يقول الأكملّ شهد عنده رجل يقال له هزال الأسلمي رضى الله تعالى عنه و هزال رضى الله تعالى عنه لم يشهد أصلا و انما حمل ماعزاً رضى الله تعالى عنه على أن يعترف عند النبي ﷺ بالزنا و قال عليه الصلاة و السلام لهزال رضى الله تعالى عنه لو سترت بثوبك كان خيراً و هزال رضى الله تعالى عنه بفتح الهاء و تشديد الزاي و باللام أسلمي له صحبة سكن المدينة و قال (٤) المنذريّ نعيم بن هزال رضى الله تعالى عنه قيل لا صحبة له و إنما الصحبة لأبيه هزال رضى الله تعالى عنه و صاحب الذنب اسمه ماعز بن مالك الأسلمي رضى الله تعالى عنه معدود في المدنيين و المرأة التي و قع عليها اسمها فاطمة رضى الله تعالى عنها جارية هزال رضى الله تعالى عنه (و قال عليه الصلاة و السلام) أي

(١)رواه أبو داؤدّ فى الحدود باب الستر على أهل الحدود ص٢٥٣ ج٢ و النسائىّ فى الكبرى (باب) الستر على الزانى ص٣٠٥ ج٤. (٣) رواه عبد الرزاقّ فى الطلاق باب الرجم و الاحصان ص٣٢٣ ج٧ و البيهقىّ فى الحدود باب المعترف بالزنا يرجع عن إقراره فيترك ص٢٢٨ ج٨. (٣) قال الأكملّ فى العناية ص٤٤٨ ج٦. (٤)قال المنذرىّ الخ كذا فى نصب الراية ص٧٦ ج٤. و فى الإصابة ص٥٦٩ ج٣ (٨٧٨٣) نعيم بن هزال الأسلمى .... مختلف فى صحبته قال ابن حبانّ له صحبة و أخرج أبو داود و الحاكم رحمهما الله تعالى حديثه و ذكره ابن السكنّ فى الصحابة رضى الله تعالى عنهم ثم قال يقال ليست له صحبة و الصحبة لأبيه و صوب ذلك ابن عبد البرّ (فى الاستعياب).

من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا و الآخرة و فيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة و السلام و أصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر

قال النبي ﷺ (من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا و الآخرة) هذا أخرجه (١) البخاري و مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً و من ستر مسلماً ستره الله في الدنيا و الآخرة و الله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه (و فيما نقل من التلقين للدرء عن النبي ﷺ و أصحابه رضى الله تعالى عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر) لم يتعرض أحد من الشراح على حل هذا التركيب فقوله دلالة مبتدأ و خبره مقدم و هو قوله و فيما نقل من التلقين إلى آخره و قوله للدرء أي لدفع الحد أما الذي نقل عن النبي ﷺ من تلقينه للدرء عن حد الزنا فما رواه (٢) البخارى عن ابن عباس رضي الله عنهما في حديث ماعز رضى الله تعالى عنه قال له عليه الصلاة و السلام لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أ نكتها لا يكنى قال نعم فعند ذلك أمر برجمه و الذي نقل عن الدرء عن حد السرقة ما رواه (٣) أبو داود و النسائي و ابن ماجة عن حماد بن سلمة عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أبي المنذر مولى أبى ذر عن أبي أمية المخزومي رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافاً و لم يوجد معه متاع فقال رسول الله ﷺ ما إخالك سرقت قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع و أما الذي

(١) أخرجه البخارى ....؟ و مسلم في الذكر باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن و على الذكر ص٣٠٧ ج٢ و فى البر و الصلة باب بشارة من ستر الله تعالى عليه فى الدنيا الخ ص٣٢٢ ج٢ و الترمذى فى البر و الصلة باب ما جآء فى الستر على المسلمين ص١٥ ج٢ و النسائى فى الكبرى فى الرجم (باب) الترغيب فى ستر العورة ص٣٠٧ ج٤ و ابن ماجة فى الحدود باب الستر على المومن ص١٥٦. و فى الباب عن ابن عمر و عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنهما أما حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه فأخرجه أبوداؤد فى الأدب باب المواخات ص٣٢٢ ج٢ و الترمذى فى الحدود باب ما جآء فى الستر على المسلم ص١٧١ ج١ و أما حديث عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه فأخرجه أبوداؤد فى الأدب باب فى الستر على المسلم ص٣٢٢ ج٢ و النسائى فى الكبرى فى الرجم (باب) الترغيب فى ستر العورة ص٣٠٧ ج٤ (٢) رواه البخارى فى المحاربين باب هل يقول الامام للمقر لعلك لمست أو غمزت ص١٠٠٨ ج٢ و أبوداؤد فى الحدود باب فى الرجم ص٢٥٩ ج٢. (٣) رواه ابوداؤد فى الحدود باب فى التلقين فى الحد ص٢٥٤ ج٢ و النسائى فى السرقة (باب) تلقين السارق ص٢٥٤ ج٢ و ابن ماجة فى الحدود باب تلقين السارق ص١٨٦. و فى نصب الراية ص٧٦ ج٤. و رواه أحمد فى مسنده و الطبرانى فى معجمه و فيه ضعيف فان أبا المنذر هذا مجهول لم يرو عنه إلا إسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة قاله المنذرى و فى الباب عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أخرجه الحاكم فى المستدرك (فى الحدود باب النهى عن الشفاعة فى الحدود ص٣٨١ ج٤) و قال على شرط مسلم و رواه أبوداؤد فى مراسيله و عن السائب بن يزيد رضى الله تعالى عنه أخرجه الطبرانى فى مجمه اه ملخصا.

....

نقل عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم من التلقين للدرء فما رواه (١) عبد الرزاقؒ في مصنفه أخبرنا معمر عن ابن طاووس (٢) عن عكرمة بن خالد قال أتى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه برجل فسأله أسرقت قل: لا فقال لا فتركه و روى (٣) أبو يعلى الموصليؒ فى مسنده بإسناده إلى أبي مطر قال رأيت علياً رضي الله عنه أتي برجل قيل إنه سرق جملاً فقال له ما أراك سرقت قال بلى قال فلعله شبه عليك قال بل سرقت قال يا قنبر إذهب به فأوقد النار و أدع الجزار و شديده حتى أجيء فلما جاء اليه قال له أسرقت قال لا فتركه و روى (٤)ابن أبي شيبةؒ في مصنفه عن أبى المتوكل أن أبا هريرة رضي الله عنه أتى بسارق و هو يومئذ أمير فقال أسرقت أسرقت قل: لا قل: لا مرتين أو ثلاثاً و روى (٥) عبد الرزاقؒ فى مصنفه عن الثورى عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعيؒ عن أبى مسعود الانصاري رضي الله عنه أنه أتى بامرأة سرقت جملا فقال أسرقت قولي لا و روى (٦) عبد الرزاقؒ في مصنفه أخبرنا الثوريؒ عن علي بن الأقمر عن يزيد بن أبي كبشة عن أبي الدرداء رضي الله عنهم أنه أتى بامرأة سرقت يقال لها سلامة فقال لها يا سلامة أسرقت قولي لا قالت لا فدرأ عنها فإن قيل (٧) هذا الذي ذكره معارض لإطلاق قوله تعالى "و لا تكتموا الشهادة" و غيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة و تقييد مطلق الكتاب بأخبار آحاد لا يجوز و الجواب أن الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الآية و هي آية المداينة و بالإجماع و النص و هو قوله تعالى "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة" إلى قوله " لهم عذاب أليم

---

(١) رواه عبد الرزاقؒ فى اللقطة باب ستر المسلم ص٢٢٤ ج١٠. (٢) عن ابن طاووس كذا فى المرادية و فى "ص" و "ح" عن يحيى بن طاووس كذا في حاشية مصنف عبد الرزاق. (٣) روى أبو يعلىؒ الخ. كذا فى نصب الراية ص٧٧ ج٤. (٤) روى ابن أبى شيبةؒ فى الحدود (باب) فى الرجل يؤتى به فيقال أ سرقت قل: لا ص٢٣ ج١٠. (٥) روى عبد الرزاقؒ فى اللقطة باب ستر المسلم ص٢٢٤ ج١٠ و البيهقيؒ فى السرقة باب ما جآء فى الاقرار بالسرقة و الرجوع عنه ص٢٧٦ ج٨ و نحوه فى كتاب الآثار للامام محمد رحمه الله تعالى ص١٥١. (٦)روى عبد الرزاق فى اللقطة باب ستر المسلم ص٢٢٤ ج١٠ و ابن أبى شيبةؒ فى الحدود ص٢٣ ج١٠ و البيهقيؒ فى السرقة باب ما جآء فى الاقرار بالسرقة و الرجوع عنه ص٢٧٦ ج٨.(٧) فان قيل الخ و فى فتح القدير: فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه و هى أخبار آحاد قلت هذه الأخبار الواردة فى طلب الستر بلغت مبلغا لا تنحط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصح التخصيص بها أو هى مستندة الاجماع على تخيير الشاهد فى الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص اه و فى العناية: و الحق أن يقال القدر المشترك فيما نقل عن النبى ﷺ و أصحابه فى الستر و الدرء متواتر فى المعنى فجازت الزيادة به اه.

إلا أنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه و لا يقول سرق محافظة على الستر و لأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع و الضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال و الشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى "و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم" و لقوله تعالى "ثم لم يأتوا بأربعة شهداء"

في الدنيا و الآخرة" و المعنى و هو أن الستر و الكتمان إنما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج إلى إحياء حقه من الأموال وغيرها فأما الحدود فهي حقوق الله تعالى و الله عزوجل موصوف بالغناء و الكرم و ليس فيه خوف فوت حقه فجاز لذلك أن يختار الشاهد جانب الستر (إلا أنه) استثناء من قوله يخير فيها الشاهد و هو منقطع أي إلا أن الشاهد (يجب (١) له أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه و لا يقول سرق محافظة على الستر) أي لحفظ الستر على السارق (و لأنه) دليل آخر أي و لأن الشأن (لو ظهرت السرقة لوجب القطع و الضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه) لأنه إذا قال سرق يسقط الضمان حينئذ فيضيع حق صاحب المال فلهذا كانت الشهادة بالأخذ اولى من الشهادة بالسرقة لأنها شهادة على وجه يثبت المال و لا يثبت الحد و فيها رعاية الجانبين (قال) أي القدوري (و الشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى "و اللاتي (٢) يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم و لقوله تعالى "ثم لم يأتوا (٣) بأربعة شهداء") لفظ اربعة نص في العدد و الذكورة و لا يقبل (٤) فيه إلا اربعة رجال عدول مسلمين و هم احرار و هم يشهدون انهم

---

(١) يجب له الخ و صرح في غاية البيان بأن قوله "أخذ" أولى من "سرق" و على هذا فيحمل قول القدوري و جب أن يقول أخذ على معنى ثبت لا الوجوب الفقهي و قوله في العناية فتعين ذلك مع قوله لا يجوز أي أن يقول سرق تسامح و انما الكلام في الأفضل و كل منهما جائز و حكى الفخر الرازي في التفسير أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء و فيهم أبو يوسف رحمه الله تعالى فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته فأقر بالأخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا لأنه لم يقر بالسرقة و انما أقر بالأخذ فادعى المدعي أنه سرق فاقر بها فأفتوا بالقطع و خالفهم أبو يوسف رحمه الله تعالى فقالوا له: لم؟ قال: لأنه لما أقر أولاً بالأخذ و ثبت الضمان عليه و سقط القطع فلا يقبل إقراره بعده ما يسقط الضمان عنه فعجبوا اه كذا في البحر و في المنحة على البحر: قوله: (و حكى الفخر الرازي في التفسير) قال الرملي: هذا ظاهر في أنه إذا ادعى أنه أخذ مالي أو دابتي تسمع و إن لم يبين وجه الأخذ اه ذكره الغزي. (٢) و اللاتي يأتين الآية النساء: ١٥. (٣) ثم لم يأتوا الآية. النور: ٤. (٤) لا يقبل فيه الخ و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص٥ ج١٢ أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود و أجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهرا و باطنا و سواء كان المشهود عليه مسلما أو =>

و لا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ و الخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود و القصاص و لأن فيها شبهة البدلية

رأوا كالميل في المكحلة و قيل لأن الزنا فعل اثنين فيشترط على كل واحد منهما اثنان (و لا يقبل فيها) أى في شهادة الزنا (شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ و الخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود و القصاص) هذا أخرجه (١) ابن أبى شيبة في مصنفه حدثنا حفص و عباد بن العوام عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله ﷺ و الخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء فى الحدود و اسم (٢) الزهري محمد بن مسلم المدني سكن الشام و مات بها و عمره اثنان و سبعون سنة روى عن خلق كثير من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعين و إنما خص الخليفتين أبا بكر و عمر رضي الله عنهما لأن تمهيد قواعد الشرع و إظهار طرق الأحكام كان أكثر في خلافتهما و عن عطاء و حماد بن أبي سليمان رحمهما الله تعالى أنه يقبل شهادة النساء فيها حتى لو شهد ثلاثة رجال في الزنا و امرأتين يقبل قلنا على قولهما لا يبقى فائدة في قوله تعالى أربعة منكم (و لأن فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) أي من حيث الصورة. قال شيخي العلاء رحمه الله قوله شبهة البدلية أي صورة لا حقيقة لأنه لو كانت البدلية حقيقة لما اعتبر شهادة النساء عند إمكان العمل بشهادة الرجال كالتيمم مع الوضوء و لما اعتبر شهادتهن مع إمكان شهادتهم علم أنه ليست في شهادتهن حقيقة البدلية لكن فيها شبهة البدلية باعتبار الصورة فإن قوله تعالى "فإن لم (٣) يكونا رجلين فرجل و امرأتان" خرج

=> ذميا و جمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا فلا تقبل شهادة النساء و لا العبيد و به يقول مالك و الشافعي و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و شذ أبو ثور فقال تقبل فيه شهادة العبيد و حكى عن عطاء و حماد رحمهما الله تعالى أنهما قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال و إمرأتين اه ملخصا. (١) أخرجه ابن أبى شيبة فى الحدود (باب) شهادة النساء فى الحدود ص٥٨ ج١٠. فان قلت هذا مرسل و المرسل ليس بحجة قلت المرسل حجة عند جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة و مالك و احمد رحمهم الله تعالى. (٢) اسم الزهرى الخ قال الحافظ العلام العينى فى عمدة القارى ص٤٧ ج١. الامام ابو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحرث بن زهرة بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤى الزهرى المدنى سكن الشام و هو تابعى صغير سمع أنسا و ربيعة بن عباد و خلقا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و رأى ابن عمر رضى الله تعالى عنهما و روى عنه و يقال سمع منه حديثين و عنه جماعات من كبار التابعين منهم عطاء و عمر بن عبد العزيز و من صغارهم و من الأتباع أيضا مات بالشام و أوصى بأن يدفن على الطريق بقرية يقال لها شغب و بدا فى رمضان سنة أربع و عشرين و مائة و هو ابن اثنين و سبعين سنة قلت شغب بفتح الشين و سكون الغين المعجمتين و فى آخره باء موحدة و بدا بفتح الباء الموحدة اه و راجع لبسط ترجمته تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر ص٤٤٥ ج٩. (٣) فان لم يكونا الآية البقرة: ٢٨٢.

لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندريء بالشبهات و منها الشهادة ببقية الحدود و القصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" و لا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرناقال و ما سوى ذلك

على مشابهة قوله "فمن (١) لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة ايمانكم" فلهذا أورثت شبهة البدلية (لقيامها مقام شهادة الرجال) أي لقيام شهادتهن مع إمكان العمل بشهادة الرجلين و إذا كان كذلك (فلا تقبل) أي شهادتهن (فيما يندرئ بالشبهات) لأن حقيقة البدلية غير متحملة في الحدود حتى لا تقبل الشهادة على الشهادة فيها و لا كتاب القاضي إلى القاضي فكذلك شبهة البدلية اعتبارا للشبهة بالحقيقة لأن الشبهة فيما يسقط بالشبهات كالحقيقة و حكي عن مالك رحمه الله تعالى أنه لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا عند عدم الرجلين نظراً إلى ظاهر الآية فحينئذ في شهادتهن حقيقة البدلية (و منها) أي و من مراتب الشهادة (الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب و السرقة (و القصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى "و استشهدوا شهيدين من رجالكم") و عن الحسن البصريّ لا يقبل في القتل إلا أربعة كالزنا و عن عطاء يقبل فيها شهادة النساء (و لا يقبل (٢) فيها) أي في الحدود و القصاص (شهادة النساء لما ذكرنا) إشارة إلى حديث الزهريّ و ما ذكره من شبهة البدلية و في بعض النسخ لما قلنا و قال في الأجناس قال في نوادر ابن رستمّ و يقبل فيه أي في التعزير الشهادة على الشهادة و الشهادة من النساء مع الرجال و يجوز فيه العفو و يصح فيه الكفالة و هو حق الآدمي (قال) أي القدوريّ (و ما سوى ذلك

(١) فمن لم يجد الآية المائدة: ٨٩. (٢) و لا يقبل الخ. قال العلامة ابن قدامة الحنبليّ في المغني ص٦ ج١٢: إن العقوبات و هي الحدود و القصاص فلا يقبل إلا شهادة رجلين إلا ما روى عن عطاء و حماد رحمهما الله تعالى أنهما قالا يقبل فيه رجل و إمرأتان قياسا على الشهادة في الأموال و لنا أن هذا مما يحتاط لدرئه و إسقاطه و لهذا يندرئ بالشبهات و لا تدعو الحاجة إلى إثباته و في شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) و أنه لا تقبل شهادتهن و ان كثرن ما لم يكن معهن رجل (بالاجماع خلافا لابن حزم و أمثاله من الظاهرية و لا يعتد بخلافهم) فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه و لا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق و بهذا الذى ذكرنا قال سعيد بن المسيب و الشعبى و النخعي و حماد و الزهرى و ربيعة و مالك و الشافعي و أبوعبيد و أبو ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و اتفق هؤلاء و غيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسنّ فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبه الزنا و لنا أنه أحد نوعى القصاص فأشبه القصاص في الطرف و ما ذكره من الوصف لا أثرله فان الزنا الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة و لأن حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الإقرار به.

من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل و امرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال مثل النكاح و الطلاق و الوكالة و الوصية و نحو ذلك و قال الشافعيؒ لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال و توابعها لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل و اختلال الضبط و قصور الولاية فإنها لا تصلح للامارة و لهذا لا تقبل في الحدود و لا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا انها قبلت في الأموال ضرورة و النكاح أعظم خطراً و أقل وقوعاً فلا يلتحق بما هو أدنى خطراً و أكثر وجوداً

من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل و امرأتين سواء كان الحق مالاً) كالبيع (أو غير مال مثل النكاح و الطلاق و الوكالة و الوصية) أي الوصاية لأنها في تعداد غير المال (و نحو ذلك) كالعتاق و الرجعة و النسب و توابعها كالإعارة و الاجارة و الكفالة و الأجل و شرط الخيار ذكره في مبسوط شيخ الإسلامؒ (و قال الشافعيؒ لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال و توابعها) و هي التي ذكرناها كالإعارة ...... إلى آخره و بقوله (١) قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و في رواية أخرى كقولنا (لأن الأصل فيها) أي في شهادتهن (عدم القبول لنقصان العقل و اختلال الضبط) لغلبة النسيان فيهن (و قصور الولاية فإنها لا تصلح للامارة) بكسر الهمزة أى الخلافة (و لهذا) أي و لأجل أن الأصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود و لا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها) إستثناء من قوله لأن الأصل فيها أي في شهادة النساء عدم القبول أى إلا أن شهادتهن (قبلت في الاموال ضرورة) أى ضرورة إحياء حقوق العباد لكثرة وقوع أسبابها لأنه يلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة فإذا لم يسمع فيها تفوت حقوق الناس لكثرة وقوعها و دنو خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطراً أو أقل وجوداً كالنكاح و هو معنى قوله (و النكاح أعظم خطراً و أقل وقوعاً فلا يلتحق بما هو ادنى خطراً و أكثر وجوداً) و كذلك الطلاق و الرجعة و الإسلام و

---

(١) و بقوله قال مالك رحمه الله تعالى الخ قال العلام الموفقؒ فى المغنى ص٧ ج١٢ و ما ليس بعقوبة كالنكاح و الرجعة و الطلاق و العتاق و الايلاء و الظهار و النسب و التوكيل و الوصية إليه و الولاء و الكتابة و أشباه هذا فالمعول عليه فى المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال و هو قول النخعيؒ و الزهرى و مالك و أهل المدينة و الشافعى رحمهم الله تعالى و هو قول سعيد بن المسيب و الحسن و ربيعة رحمهم الله تعالى فى الطلاق و رواية أخرى عن احمدؒ تقبل فيه شهادة رجلين أو رجل و إمرأتين روى ذلك عن جابر بن زيد و إياس بن معاوية و الشعبى و الثورى و اسحاق و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و روى ذلك فى النكاح عن عطاءؒ و احتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل و إمرأتين اه ملخصا.

و لنا ان الأصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة و هو المشاهدة و الضبط و الأداء إذ بالأول يحصل العلم للشاهد و بالثاني يبقى و بالثالث يحصل العلم للقاضي و لهذا يقبل إخبارها في الأخبار و نقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى اليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة

الردة و البلوغ و الولادة و العدة و الجرح و التعديل و العفو عن القصاص و حاصل مذهب الشافعيّ هو ما ذكره في الوجيز (١) لا تقبل شهادة النساء إلا في الأموال و حقوقها كالأجل و الخيار و الشفعة و الإجارة وقتل الخطأ و كل جرح لايوجب إلا المال فيثبت برجل و امرأتين و كذا فسخ العقود و قبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير ففيه الوجهان لترتب العتق عليه و ما ليس بمال و لا يؤول إلى مال كالنكاح و الرجعة و الطلاق و العتق و الإسلام و الردة و البلوغ و الولادة و العدة و الجرح و التعديل و العفو عن القصاص حتى الوصايا و الوكالة فيثبت برجلين و لا يثبت برجل و امرأتين أما ما لا يظهر للرجال كالولادة و عيوب النساء و الرضاع فإنه يثبت بأربع نسوة و لا تثبت الولادة بقول القابلة وحدها (و لنا أن الأصل فيها) أي في شهادة النساء (القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية (٢) الشهادة و هو) أي ما يبتنى عليه (المشاهدة) و في بعض النسخ و هي المشاهدة أي المعاينة و بها يحصل العلم للشاهد (و الضبط) و هو حسن السماع و الفهم و الحفظ (و الأداء) الذي يحصل به العلم للقاضي (إذ بالأول) أى بالمشاهدة (يحصل العلم للشاهد و بالثاني يبقى) أي بالضبط يبقى العلم للشاهد (و بالثالث) أي بالأداء (يحصل العلم للقاضي و لهذا) أي و لكون القبول أصلا فيها (يقبل إخبارها) بكسر الهمزة (في الأخبار) بفتح الهمزة و هي الأحاديث و الآثار. (و نقصان الضبط) هذا جواب عن قول الشافعيّ و إختلال الضبط و توجيهه أن يقال إن ذلك بعد التسليم أن نقصان الضبط (بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى) أي الامرأة الأخرى (إليها) أي إلى المرأة الواحدة (فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة) أي شبهة البدلية و لم يذكر المصنفّ الجواب عن قول الشافعيّ لنقصان العقل و لا عن قوله لقصور الولاية و الجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن فيما هو مناط التكليف و بيان (٣) ذلك أن للنفس الإنسانية أربع

---

(١) الوجيز للغزاليّ مع العزيز للرافعي ص٩ ٤ ج١٣ . (٢) أهلية الشهادة أى أهلية قبولها فالمضاف مقدر كذا فى السعدية. (٣)بيان ذلك الخ كذا فى العناية و هكذا ذكره فى آخر التوضيح و مثل الأول فى التلويح بقوة الطفل على الكتابة و الثاني باستعداد الرجل الأمى للكتابة و الثالث باستعداد القادر على الكتابة و الرابع بقدرته على الكتابة حالة الكتابة.

فلهذا لا تقبل فيما يندريء بالشبهات و هذه الحقوق تثبت مع الشبهات و عدم قبول الأربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال و يقبل في الولادة و البكارة و العيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة

مراتب: الأولى استعداد العقل و يسمى العقل الهيولاني و هو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم و الثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس فى الجزئيات فتهيأ لاكتساب الفكريات بالفكر و يسمى العقل بالمكة و هو مناط التكليف و الثالثة أن يحصل النظريات المفروغ عنها متي شآء من غير افتقار إلى اكتساب و يسمى العقل بالفعل و الرابعة هو أن يستحضرها و يلتفت اليها مشاهدة و يسمى العقل المستفاد و ليس فيما هو مناط التكليف منها و هو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالتهن في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات و بالنسبة إن ثبتت فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان و ليس كذلك و قوله ﷺ ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل فلذلك لم يصلحن للولاية و الخلافة و الإمارة و بهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً فتأمل (فلهذا) أي فلأجل شبهة البدلية (لا تقبل) أي شهادتهن (فيما يندريء بالشبهات) و تقبل فيما يثبت بها (و هذه الحقوق) المذكورة من النكاح وغيره (تثبت مع الشبهات) أما النكاح و الطلاق فظاهر لثبوتهما مع الهزل و أما الوكالة و الإيصاء و الاموال فإنه يجرى فيها كتاب القاضي إلى القاضي و الشهادة على الشهادة و ذلك أمارة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال (و عدم قبول الأربع) هذا جواب عن قول الشافعيّ و لا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن أى عدم قبول شهادة الأربع (على خلاف القياس) لأن القياس يقتضي قبول ذلك و لكنه ترك ذلك (كيلا يكثر خروجهن) لأن في كثرة خروجهن كشفهن و افتضاحهن و هو ممنوع (قال) أي القدوريّ (و يقبل في الولادة و البكارة و العيوب بالنساء في موضع (١) لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) و قال مالك رحمه الله تعالى (٢)

(١) فى موضع الخ أشار به إلى أن الرجل لو شهد لا تقبل شهادته و هو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر أما إذا شهد بالولادة و قال فاجأتها فاتفق نظرى عليها تقبل شهادته اذا كان عدلا كما فى المبسوط ص ١٤٤ ج ١٦. (٢) قال مالك رحمه الله تعالى الخ قال العلامة ابن قدامة فى المغنى ص ١٥ ج ١٢ لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى قبول شهادة النساء المنفردات فى الجملة قال القاضىّ و الذى تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة و الاستهلال و الرضاع و العيوب تحت الثياب كالرتق و القرن و البكارة و الثيابة و البرص و انقضاء العدة و عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع (فصل) كل موضع قلنا تقبل فيه شهاة النساء المنفردات فانه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة و قال طاوسٌ تجوز شهادة المرأة فى الرضاع و ان كان سوداء =>

لقوله عليه الصلاة و السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

و يجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة و الاستهلال و عيوب الاماء و لا يجوز في ذلك شهادة امرأة واحدة و به قال ابن أبي ليلىؒ كذا في المبسوط (١) و هو قول الثوريؒ (لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه) هذا غريب و روى (٢) ابن أبي شيبةؒ في مصنفه حدثنا عيسى بن يونسؒ عن الأوزاعيؒ عن الزهريؒ قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء و عيوبهن و تجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال و إمرأتان فيما سوى ذلك و روى (٣) عبد الرزاقؒ في مصنفه أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء و ما يشبه ذلك من حملهن و حيضهن و روى ابن أبي شيبة (٤) في مصنفه عن جابر الجعفي عن عبد الله بن نجي عن علي رضى الله تعالى عنه أنه أجاز شهادة قابلة و الجعفي ضعيف و كذلك ابن نجي (٥) و

=> و عن احمدؒ رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان و هو قول الحكم و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة رحمهم الله تعالى و إليه ذهب مالك و الثورى رحمهما الله تعالى و قال عطاء و الشعبى و قتادة و الشافعى و أبو ثور رحمهم الله تعالى لا يقبل فيه إلا أربع اه ملخصا و فى المحلى لابن حزم قال سفيان الثورىؒ يقبل فى عيوب النساء و ما لا يطلع عليه الإ النساء امرأة واحدة هو قول أبى حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و صح عن ابن عباس و عن على و عن عثمان أمير المؤمنين و ابن عمر رضى الله تعالى عنهم و الحسن البصرى و الزهرى رحمهما الله تعالى و فى نوادر الفقهاء لابن بنت نعيمؒ أجمع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على أن المرأة الواحدة مقبولة على الولادة كذا فى الجوهر النقى على البيهقى ص١٥١ ج١٠. (١) المبسوط للسرخسيؒ ص١٤٣ ج١٦. (٢) روى ابن أبى شيبةؒ فى الأقضية (باب) ما تجوز فيه شهادة النساء ص١٨٥ ج٦ و عبد الرزاقؒ فى الشهادات باب شهادة المرأة فى الرضاع و النفاس ص٣٣٣ ج٨ نحوه. (٣) روى عبد الرزاقؒ فى الشهادات ص٣٣٣ ج٨. (٤) روى ابن أبى شيبةؒ فى الأقضية (باب) ما تجوز فيه شهادة النساء ص١٨٧ ج٦ و الدارقطنىؒ فى الأقضية ص٢٣٣ ج٤ و البيهقىؒ فى الشهادات باب ما جآء فى عددهن ص١٥١ ج١٠ و فيه زاد أبو عوانةؒ وحدها. (٥) ابن نجى و فى تهذيب التهذيب ص٥٥ ج٦ عبد الله بن نجى بن سلمة بن جشم بن اسد بن خليبة الكوفى الحضرمى روى عن أبيه و كان على مطهرة على رضى الله تعالى عنه و عمار رضى الله تعالى عنه و حذيفة رضى الله تعالى عنه و الحسين بن على رضى الله تعالى عنه و غيرهم و عنه ابوزرعة بن عمرو بن جريرؒ و الحارث العكلىؒ و شرجيل بن مدركؒ و جابر الجعفى قال البخارىؒ و أبو احمد بن عدىؒ فيه نظر و قال النسائى ثقة قلت قال ابن معينؒ لم يسمع من على رضى الله تعالى عنه بينه و بينه أبوه و قال الدارقطنىؒ يقال إنه لم يسمع هذا من على رضى الله تعالى عنه يعنى حديث لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب قال و ليس بقوى فى الحديث و ذكره ابن حبانؒ فى الثقات و قال يروى عن على رضى الله تعالى عنه و يروى أيضا عن أبيه عن على رضى الله تعالى عنه و قال البزارؒ سمع هو و أبوه من على رضى الله تعالى عنه و كناه =>

و الجمع المحلى بالألف و اللام يراد به الجنس فيتناول الأقل و هو حجة على الشافعيّ في اشتراط الأربع و لأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا ان المثنى و الثلاث أحوط لما فيه من معنى الا لزام

روى عبد الرزاق (١) في مصنفه اخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الاسلمي قال أخبرني إسحاق عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز شهادة امرأة في الاستهلال (و الجمع المحلى بالألف و اللام) أراد بهذا بيان وجه الا ستدلال بالحديث الذي ذكره و هو أن الألف و اللام إذا دخلا على الجمع (يراد به الجنس) لأنه ليس ثمة معهود (فيتناول الأقل) و هو الواحد لبطلان العدد بواسطة الجنسية و قال الكاكيّ يؤيده أن حذيفة رضى الله تعالى عنه روى الحديث قال عليه الصلاة و السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة و قال الا ترازيّ أصحابنا رووا في الأسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة في الولادة انتهى قلت رواه محمد بن عبد الملك الواسطي عن أبي عبد الرحمن المدائني عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة رضى الله تعالى عنه ...... إلى آخره و هذا (٢) لا يصح و قال (٣) الدارقطني أبو عبد الرحمن المدائني مجهول. (و هو) أي الحديث الذي ذكره (حجة على الشافعيّ في اشتراط الأربع) من النساء و هو قول عطاءٌ أيضا و للشافعيّ أن يقول هذا الحديث غير صحيح فكيف يكون حجة علي و ليس لنا إلا ما ذكرناه عن عبد الرزاقّ و بقولنا قال أحمد رحمه الله تعالى و هو قول الحسن البصرىّ (و لأنه) دليل معقول لنا أى و لأن الشأن (إنما سقطت الذكورة) يعني إنما سقطت صفة الذكورة بالاتفاق (ليخف النظر) أي النظر إلى العورة حرام إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها (لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف) لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف من نظر الرجل إلى عورتها إذ شهوتهن إليهن أقل (فكذا يسقط اعتبار العدد) لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة (إلا أن المثنى و الثلاث أحوط) لزيادة طمأنينة القلب (لما فيه من معنى الإلزام) لأن فيه شبهاً بالشهادة و قال تاج الشريعةّ قوله من معنى الإلزام أى الزام النسب و قال (٤) الأكملّ و اعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين و الثلاث أحوط

=> النسائىّ أبا لقمان و قال الشافعىّ في مناظرته مع محمد بن الحسنّ فى الشاهد و اليمين عبد الله بن نجى مجهول روينا ذلك فى الألقاب للشيرازىّ بسنده إلى الشافعىّ. (١)روى عبد الرزاقّ فى الشهادات باب شهادة المرأة فى الرضاع و النفاس ص٣٣٤ج٨. (٢)و هذا لا يصح قال فى التنقيح: هو حديث باطل لا أصل له كذا فى نصب الراية ص٨٠ج٤. (٣)قال الدارقطنىّ فى الأقضية و الأحكام ص٢٣٢ ج٤. (٤)قال الأكملّ فى العناية ص٤٥٤ج٦.

ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فأما حكم البكارة فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة و يفرق بعده لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل و كذا في رد المبيعة إذا اشتراها بشرط البكارة فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولهن و العيب يثبت بقولهن فيحلف البائع

من نظر الواحدة و الجواب أن يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد و معنى الإلزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما و قلنا بعدم الوجوب و الجواز احتياطا (ثم حكمها) أي حكم شهادة امرأة واحدة (في الولادة شرحناه في الطلاق) يعني في باب (١) ثبوت النسب عند قوله فإن حجد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة فينظر فيه هناك (فأما حكم البكارة) فإنها سواء كانت المرأة مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما فإذا نظرن اليها و شهدن فإما ان تتأيد شهادتهن بمؤيد أولا فإن كان الاول كانت شهادتهن حجة و إن كان الثاني لا بد أن ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا (فان شهدن أنها بكر) فان كانت مهيرة (يؤجل في العنين سنة و يفرق بعده) أي بعد مرور السنة (لأنها) أي لأن شهادتهن (تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل) بيانه أن امرأة العنين مع زوجها إذا اختلفا بعد مضى المدة فقال هو وصلت اليها فقالت هي لم يصل إلي فانها تراها النساء فان قلن هي بكر فانها تخير فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما و أثبت الفرقة بقولهن لتأيده بشهادة الأصل و هي البكارة (و كذا في رد المبيعة) إذا كان جارية (إذا اشتراها بشرط البكارة) بيانه أنه إذا إشترى رجل جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع هي بكر في الحال فان القاضي يريها النساء (فان قلن إنها ثيب) لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأن الفسخ حق قوي و شهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع (يحلف البائع) بأنه لقد سلمتها بحكم البيع و هي بكر فان لم يكن قبضها فبأنه بالله لقد بعتها و هى بكر فإن نكل ترد عليه و إن حلف لزم المشترى (لينضم نكوله) أي نكول البائع (إلى قولهن) فترد (و العيب يثبت بقولهن) هذا جواب عما يقال إن شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن و التحليف ترك العمل بالحديث أجاب بقوله و العيب يثبت بقولهن أي في حق سماع الدعوى و التحليف (فيحلف البائع) فإن المشترى إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف و إلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل فإذا قلن إنها ثيب يثبت العيب في الحال و عمل بالحديث ثم يحلف

(١) باب ثبوت النسب البناية ص ٣٢٤ ج٧.

و أما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنها من أموز الدين و عندهما تقبل في الإرث أيضاً لأنه صوت عند الولادة و لا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال و لا بد في ذلك كله من العدالة و لفظة الشهادة فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة و قال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته أما العدالة فلقوله تعالى ﴿ممن ترضون

البائع على أنه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده (و أما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال) أي لأن الاستهلال و هو صوت الصبي عند الولادة و هذا مما يطلع عليه الرجال فلا يكون شهادتهن فيه حجة و به قال الشافعي في قول و إن لم يحضر الرجال فشهادتهن كشهادتهن على جراحات النساء في الحمامات بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الأم فلا يطلع عليه الرجال (إلا في حق الصلاة) أي تقبل شهادة المرأة الواحدة الحرة على استهلال الصبي في حق الصلاة عليه فانها تجوز بالاتفاق (لأنها) أي لأن الصلاة(من أمور الدين) فشهادة الواحدة حجة في ذلك كشهادتها على هلال رمضان (و عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تقبل في حق الإرث أيضاً لأنه) أي لأن استهلال الصبي(صوت عند الولادة و لا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة) و به (١) قال مالك و أحمد و الشافعي رحمهم الله في قول (٢) (قال) أي القدوري (و لا بد في ذلك كله) أي في جميع ما ذكر من انواع الشهادة (من العدالة و لفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة و قال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته. أما (٣) العدالة فلقوله عزوجل ﴿ممن (٤) ترضون

(١) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ أقول و به قال شريح و الحسن و الحارث العكلي و حماد رحمهم الله تعالى كذا في المغني ص١٦ ج١٢. و قول الجمهور أرجح كما في فتح القدير ص٤٥٥ ج٦. (٢) في قول و هو الظاهر كما في شرح الوجيز ص٤٩ ج١٣. (٣) أما العدالة الخ و في الدرالمختار معزيا إلي في الينابيع: العدل من لم يطعن عليه في بطن و لا فرج و منه الكذب لخروجه من البطن اه و في رد المحتار: قال في الذخيرة: و أحسن ما قيل في تفسير العدالة أن يكون مجتنبا للكبائر و لا يكون مصرا على الصغائر و يكون صلاحه أكثر من فساده و صوابه أكثر من خطئه اه فتال. و في البحر: إعلم أن المصنف (أي صاحب الكنز) تبع صاحب الهداية وغيره في اشتراط العدالة كلفظ الشهادة تسوية منهم بينهما و ليس كذلك لأن لفظ الشهادة شرط لصحة الأداء بل ركنه و أما العدالة فليست شرطا في صحة الأداء و انما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضي كما في البدائع و لهذا قال في الهداية: لو قضى القاضي بشهادة الفاسق صح عندنا. (٤) ممن ترضون الآية: البقرة: ٢٨٢.

من الشهداء﴾ و المرضي من الشاهد هو العدل و لقوله تعالى ﴿و أشهدوا ذوى عدل منكم﴾ و لأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته و يمتنع عن الكذب لمروته و الأول أصح إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا

من الشهداء﴾ و المرضي من الشاهد هو العدل و لقوله تعالى ﴿و أشهدوا (١) ذوى عدل منكم﴾ و الفاسق ليس بمرضي و لا خلاف فيه للفقهاء و لأن الشهادة حجة باعتبار الصدق و هو معنى قوله (و لأن العدالة هي المعينة للصدق لأن من يتعاطى) من التعاطي و هو التناول (غير الكذب قد يتعاطاه) أي لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضاً و يقدم على شهادة الزور ايضاً فترد شهادته للتهمة (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الفاسق إذا كان وجيهاً) أي ذا قدر و شرف (في الناس ذا مروءة) أى إنسانية و في المروة لغتان الهمزة و تشديد الواو (تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته و يمتنع عن الكذب لمروءته) لانه لا يرضى أن يعرف بين الناس بالكذب فمروءته تمنعه عن ذلك و كذلك لا يرى لنفسه أن يستأجر على شهادة الزور خوفاً أن يتكلم في وجاهته (و الاول) و هو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً ذا وجاهة أو لا (أصح) لإطلاق قوله عزوجل "و أشهدوا ذوى عدل منكم" و قوله "إن (٢) جاء كم فاسق بنبأ فتبينوا" و لان قبول الشهادة و العمل بها لإكرام الشهود كما قال عليه الصلاة و السلام أكرموا (٣) الشهود .... الحديث و في حق الفاسق أمرنا بخلاف ذلك قال عليه الصلاة و السلام إذا لقيت (٤) الفاسق فالقه بوجه مكفهر أي شديد العبوسة و من يكون معلناً للفسق فلا مروءة له شرعاً كذا في المبسوط (إلا أن القاضي) أي لكن القاضي (لو قضى (٥) بشهادة الفاسق يصح عندنا) و قال الشافعيّ لا تقبل

---

(٢) و أشهدوا الآية. الطلاق:٢. (٢) إن جآء كم الآية الحجرات:٦. (٣) أكرموا الشهود الخ و فى إعلاء السنن ص١٦٣ ج١٥ قلت حديث إكرام الشهود رواه البايناسي أبو عبد الله مالك بن أحمدؒ فى جزئه و الخطيب و ابن عساكر رحمهما الله تعالى فى تاريخه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه قال المناوىؒ: قال الخطيبؒ: تفرد به عبد الله بن موسى كذا فى العزيزى (ص٢٧٥ ج١) و فى "المقاصد الحسنة" بعد عزوه إلى النقاش و العقيلى و الديلمى رحمهم الله تعالى: و بالجملة فقد قال العقيلىؒ: إنه غير محفوظ بل صرح الصنعانىؒ بأنه موضوع و لم يستدرك ذلك العراقى اه (ص٣٨). (٤) إذا لقيت الخ أنظر من خرجه؟ (٥) لو قضى الخ قال فى جامع الفتاوى: و أما شهادة الفاسق فان تحرى القاضى الصدق فى شهادته تقبل و إلا فلا اه فتال و فى الفتاوى القاعدية هذا إذا غلب على =>

....

....

=> ظنه صدقه و هو مما يحفظ درر أول كتاب القضاء و ظاهر قوله وهو مما يحفظ إعتماده اه كذا في الشامية و قال المحدث الفقيه العثماني في إعلاء السنن ص١٦٦ ج١٥.

حكم قضاء القاضي بشهادة الفاسق

فائدة: هل العدالة شرط لأهلية الشهادة أو لقبولها وجوبا؟ ذهب الشافعي رحمه الله إلى الأول و قلنا بالثاني وجه قوله: أن مبنى قبول الشهادات على الصدق و لا يظهر الصدق إلا بالعدالة لأن خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق و الكذب و لا يقع الترجيح إلا بالعدالة و احتج بقوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل" و لنا: عمومات منها قوله تعالى: "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" فاستشهدوا عليهن أربعة منكم" و الفاسق شاهد لقوله سبحانه: "ممن ترضون من الشهداء" قسم الشهود إلى مرضيين و غير مرضيين فيدل على كون غير المرضي و هو الفاسق شاهدا و أما الحديث فقد روى عن بعض نقلة الحديث أنه لم يثبت (مرفوعا والمحفوظ وقفه على ابن عباس وقد صح عنه "لا نكاح إلا بأربعة خاطب و ولي و شاهدين" من غير تقييد بالعدل و إن سلمنا فقد صح عنه: "لا نكاح إلا بولي مرشد و شاهدي عدل" فليكن رشد الولي شرطا لصحة النكاح و لم يقل به أحد و إنما هو شرط الكمال فكذلك عدالة الشاهدين) و إن ثبت فلا حجة له فيه بل هو حجة عليه لأنه لم يجعل العدالة فيه صفة للشاهد لأنه لو كان كذلك لقال: لا نكاح إلا بولي و شاهدين عدلين بل فيه إضافة الشاهدين إلى العدل (١) و هو كلمة التوحيد فكأنه قال: لا نكاح إلا بولي و قائلي كلمة العدل و هي كلمة الأسلام و الفاسق مسلم فينعقد النكاح بحضرته ثم النكاح يشتهر بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود و الإنكار بالشهادة بالتسامع و حضرة الشهود في النكاح لدفع تهمة الزنا لا لدفع الجحود و التهمة تندفع بحضرة الفاسق فينعقد النكاح بحضرتهم و أما قوله: الركن في الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فإن من الفسقة من لا يبالي بارتكابه أنواع من الفسق و يستنكف عن الكذب و الكلام في فاسق قد تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه صدقه و لو لم يكن كذلك لا يجوز القضاء بشهادته عندنا كذا في "البدائع" (٦: ٢٧١) و المعنى أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق و قد تحرى الصدق في شهادته يصح و ينفذ عندنا و يكون القاضي عاصيا و لا يصح قضاؤه من غير تحر بالإجماع قال في "الهداية": و لا بد في ذلك من العدالة و لفظة الشهادة أما العدالة فلقوله تعالى: "ممن ترضون من الشهداء" و لقوله: "و أشهدوا ذوى عدل منكم" و عن أبي يوسف: أن الفاسق إذ كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته و يمتنع عن الكذب لمروءته و الأول أصح لأن هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل إلا أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا و يكون القاضي عاصيا و قال الشافعي: لا يصح و المسألة معروفة اه من "فتح القدير" (٦: ٢٥٥) و مفاده أنه لا يجوز للقاضي القضاء بشهادة الفاسق اتفاقا و إنما الخلاف في صحته و نفاذه لو قضى بها و قد تحرى الصدق فيها و لا يصح من غير تحر بالإجماع فافهم و هذا كقولنا: إن العدالة ليست بشرط لأهلية القضاء حتى لو قلد الإمام فاسقا صار =>

(١) لا يخفى ما فيه من البعد و الأسلم أن يقال: إن وصف العدالة في الشاهدين كوصف الإرشاد في الولي فكما أن المراد بالإرشاد هنا العقل و البلوغ دون درجة الكمال من الورع و التقوى كذلك المراد بالعدالة في الشاهدين الإسلام دون درجة الكمال فافهم.

و المسألة معروفة و أما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة و لأن فيها زيادة توكيد فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الا متناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد و قوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم

شهادة الفاسق و لا يجوز قضاؤه (و المسألة معروفة) و قد مر الكلام فيها في اوائل كتاب القاضي (و أما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها (١) إذ الامر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) أى لفظة الشهادة قال الله تعالى "أقيموا (٢) الشهادة لله" "و اشهدوا (٣) إذا تبايعتم" "و استشهدوا شهيدين من رجالكم" و قال ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد و إلا فدع (و لان (٤) فيها) أى في لفظة الشهادة (زيادة توكيد) لدلالتها على المشاهدة (فإن قوله أشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة) أى بلفظة الشهادة (أشد) و النصوص وردت بقبولها بهذه اللفظة فيقتصر على مورد النص و لا يقال جآء الامر بالتكبير قال الله تعالى "و ربك (٥) فكبر" و مع ذلك أجاز أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى تبديله بلفظ آخر مثل الله أجل و أعظم لانا نقول إن التكبير للتعظيم و في قوله أعظم صريح التعظيم فكان مثله من كل وجه بل أزيد فيلحق به دلالة أما الشهادة فتنبيء عن المشاهدة و العيان و لهذا يذكر للقسم فكانت له زيادة وكادة في الاخبار على قوله أتيقن أو أعلم فلا يمكن إلحاقهما بلفظ الشهادة. (و قوله) أي قول القدوري في مختصره (في ذلك كله) أى في جميع ما تقدم (إشارة إلى جميع ما تقدم) من انواع

=> قاضيا عندنا و صح قضاء ه إذا لم يخالف الكتاب و السنة و الإجماع و عند الشافعي لا يصير قاضيا و كان قضاء ه كلا قضاء و لا يخفي على من له معرفة بالأيام أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يصلون خلف أئمة الجور و يجاهدون معهم و يتحاكمون إليهم في النوائب و لم يجعلوا حكمهم كلا حكم و لا قضاء هم كلا قضاء و أيضا ففي إبطال قضاء الفاسق مطلقا من الفساد ما لا يخفى لكون العدل اليوم كالكبريت الأحمر فأكثر الحكام و القضاة فسقة جائرون راشون و مرتشون فلو أبطلنا قضاياهم كلها لتعطلت الأحكام وضاقت الأرض على أهل الإسلام و إذا صح قضاء الفاسق و نفذ فلأن يصح القضاء بشهادته و ينفذ أولى و إن كان القاضي بها عاصيا كما أن مقلد الفاسق القضاء عاص أيضا فافهم فإن بعض الأحباب قد طوى عن هذه المسألة كشحا و لم يتعرض لها أصلا و كانت من أهم المسائل عقلا و نقلا فاستدركتها عليه و لله الحمد شكرا و له المن فضلا. (١) باشتراطها أقول لفظة الشهادة ركن فالمراد بالشرط هنا ما لا بد منه يشمل الركن و الشرط كما في البحرص (٢) أقيموا الشهادة الآية. الطلاق:٢. (٣) و أشهدوا الآية البقرة:٢٨٢. (٤) لأن فيها الخ أقول الأولى أن يجعل هذا وجها لدلالة النصوص على الاشتراط إذا لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته و لا يجعل دليلا مستقلا على المدعى كما فعله كذا في السعدية. (٥) و ربك فكبر. المدثر:٣.

حتى يشترط العدالة و لفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء و يشترط فيه الحرية و الإسلام قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم و لا يسأل عن حال الشهود حتى

الشهادة (حتى يشترط العدالة و لفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح) احترز به عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة و في المنتقى ان لفظة الشهادة و الحرية غير معتبرة و حكي عن الكرخي أن الشهادة على الولادة ليست بشهادة و إنما هي خبر و اليه ذهب صاحب المختلف و الذى قاله القدورى هو الذى اختاره مشايخ بلخ و قال الاترازى و عليه مشايخنا و قال التمرتاشي قال في شرح أبي بكر قال مشايخ بخارى و بلخ يشترط لفظة الشهادة و قال مشايخ العراق لا يشترط كما في شهادة هلال رمضان (لأنه) أى لفظ شهادة النساء بالولادة (شهادة) و ليست بمجرد إخبار (لما فيه من معنى الإلزام) أى إلزام النسب (حتى اختص) أى لفظ شهادة النساء (بمجلس القضاء) فلا يعتبر في غير مجلس القاضي (و يشترط (١) فيه) قال الاترازي أي في الشاهد (الحرية و الإسلام) في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة و الظاهر أن الضمير في قوله فيه راجع إلى شهادة النساء بالولادة فصار الشرح هكذا و يشترط فيه أى في شهادة النساء بالولادة الحرية و الإسلام ايضاً و يؤيده نسخة شيخنا العلاء رحمه الله و لهذا يشترط الحرية و الإسلام أي و لأجل ما فيه من معنى الإلزام و اختصاصه بمجلس القضاء يشترط في شهادة النساء بالولادة الحرية و الاسلام حتى لو كانت أمة أو كافرة لا تقبل (قال أبو حنيفة رحمه الله تعالي يقتصر (٢) الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم و لا يسأل عن حال الشهود حتى

(١) و يشترط الخ اتفق الكل على اشتراط الحرية و البلوغ و العقل و الاسلام يعنى في الشهادة على المسلم و إلا فالذمي يجوز أن يشهد على مثله عندنا كذا في فتح القدير اعلم لا بد من شرط آخر لجميع أنواعها و هو التفسير حتى لو قال أشهد بمثل شهادته لا تقبل و لو قال أشهد مثل شهادة صاحبي لا تقبل عند الخصاف و عند عامة مشايخنا تقبل و قيده الأوزجندى بما إذا قال لهذا المدعي على هذا المدعى عليه و به يفتى كذا في الخلاصة و قال الحلوانى: إن كان فصيحا لا يقبل منه الإجمال و إن كان عجميا يقبل بشرط أن يكون بحال إن استفسر بين و قال السرخسي: إن أحس القاضي بخيانته كلفه التفسير و إلا لا و في البزازية: و قال الحلوانى: لو أقر المدعى أو وكيله فقال الشاهد أشهد بما ادعاه هذا المدعي على هذا المدعى عليه أو قال المدعى في يده بغير حق يصح عندنا اه كذا في البحر. (٢) يقتصر الحاكم أي يجوز له الاقتصار على سبيل الجواز لا الوجوب قاله الرملي كما في المنحة على البحر.

يطعن الخصم لقوله عليه الصلاة و السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف و مثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه و لان الظاهر هو الإنزجار عما هو محرم دينه و بالظاهر كفاية

يطعن (١) الخصم لقوله عليه الصلاة و السلام) أي لقول النبي ﷺ (المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف) هذا الحديث رواه (٢) ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ ...... إلى آخره (و مثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه) أي مثل ما روي عن النبي ﷺ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه هذا رواه (٣) الدارقطني في سننه مطولاً جداً عن عبيد الله بن أبى حميد عن أبي المليح الهذلي قال كتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة و سنة متبعة ...... الحديث و فيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد أو مجرب في شهادة زور أو ظنين في ولاء أو قرابة و قال الدارقطني و عبيد الله بن أبي حميد (٤) ضعيف و قال النسائي متروك الحديث و قال البخاري منكر الحديث و اسم أبي حميد غالب الهذلي (و لأن الظاهر) في حال المسلم (هو الانزجار عما هو محرم دينه و بالظاهر كفاية) فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق و ههنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به

---

(١) حتى يطعن الخصم قال الرملي: و لو بالجرح المجرد و لا ينافيه قوله فيما يأتي و لا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد لأن عدم سماعها لعدم دخوله تحت الحكم و إلا فالخبر عن فسق الشهود يمنع القاضي عن قبول شهادتهم و الحكم بها فالطعن به مسموع منه قبل التزكية و سيظهر من مسائل الطعن و الله تعالى اعلم كذا في المنحة على البحر. (٢) رواه ابن أبي شيبة في الأقضية (باب) من قال لا تجوز شهادته إذا تاب ص١٧٢ ج٦ و في اعلاء السنن ص١٦٥ ج١٥ و هذا اسناد حسن. (٣) رواه الدارقطني في الأقضية كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الخ ص٢٠٦ ج٤ و رواه أيضا من طريق أحمد ثنا سفيان بن عيينة ثنا ادريس الأودي عن سعيد بن أبي بردة و أخرج الكتاب فقال: هذا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه ثم قرئ على سفيان من ههنا إلى أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه أما بعد فذكره و رواه البيهقي في الشهادات باب من قال لا تقبل شهادة القاذف ص١٥٥ ج١٠ حدثنا أبو طاهر الفقيه أنبأ أحمد (بن محمد؟) بن يحيى ثنا يحيى بن الربيع المكي ثنا سفيان عن ادريس الأودي قال أخرج إلينا سعيد بن أبي بردة كتابا فقال هذا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه فذكره فقال فيه و المسلمون عدول إلى آخره و في نصب الراية ص٨٢ ج٤ و رواه البيهقي في "المعرفة" أخبرنا أبو عبد الله الحافظ ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب ثنا محمد بن إسحاق الصغاني ثنا محمد بن عبد الله بن كناسة ثنا جعفر بن برقان عن معمر البصري عن أبي العوام البصري قال كتب عمر رضي الله تعالى عنه فذكره.
(٤) عبيد الله بن أبي حميد غالب الهذلي أبو الخطاب البصري. روى عن أبي المليح الهذلي و عنه عيسى بن يونس و وكيع و سعدان بن يحيى اللخمي و مكي بن ابراهيم و محمد بن عبد الله الانصاري و موسى بن اسماعيل و =>

إذ لا وصول إلى القطع إلا في الحدود و القصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها و لأن الشبهة فيها دارئة و إن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر و العلانية لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا بد أن يسأل عنهم في السر و العلانية في سائر الحقوق

بإقامة البينة قيل في جوابه ما أشار إليه المصنفؒ بقوله (إذ لا وصول إلى القطع) أي لا إمكان للوصول إلى الدليل القطعي إلا الظاهر لأنه لو لم يكتف بالظاهر لأحتيج إلى التزكية و قبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر إذ لو لم يعمل بقوله لاحتيج إلى مزك آخر و يرد ذلك في الثالث و الرابع فيؤدى إلى الدور و التسلسل و قال (١) الأكملؒ يجوز أن يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق لأن دعوى المدعي و انكار الخصم تعارضا و شهادة الشهود و براءة الذمة كذلك و بظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا (إلا في الحدود و القصاص) استثناء من قوله و لا يسأل حتى يطعن الخصم إلا في الحدود و القصاص (فإنه) أى فان الحاكم (يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها) أي لإسقاط الحدود لأن مبناها على الدرء (فيشترط الاستقصاء فيها) إذ السوال عن العدالة ربما يفضي إلى الدرء فيجب السؤال احتيالاً له (و لأن الشبهة فيها) أي في الحدود (دارئة) أي العدالة و إن كانت ظاهرة فكذا إحتمال كونه غير عدل ثابت فتعمل هذه الشبهة بالدرء (و إن طعن الخصم فيهم) أي في الشهود (يسأل عنهم في السر و العلانية) يعني في غير الحدود و القصاص لأن في الحدود و القصاص يسأل قبل الطعن (لأنه تقابل الظاهران) يعني كما أن الظاهر ان الشهود لا يكذبون فكذا الظاهر ان الخصم لا يكذب في طعنه فإذا كان كذلك (فيسأل) أى الحاكم عن الشهود (طلباً للترجيح) بين المتعارضين (و قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى لا بد أن يسأل عنهم في السر(١) و العلانية في سائر الحقوق) يعني سواء

=> غيرهم قال أحمد رحمه الله تعالى ترك الناس حديثه و قال أبو موسىؒ ما سمعت ابن مهدىؒ و لا يحيىؒ يحدثان عنه ضعيف الحديث و قال ابن معينؒ و دحيمؒ ضعيف الحديث و قال البخارىؒ منكر الحديث و قال فى موضع آخر يروى عن أبى المليح عجائب و قال أبوداؤدؒ و الدارقطنىؒ ضعيف و قال النسائىؒ ليس بثقة و قال فى موضع آخر متروك و قال أبو حاتمؒ منكر الحديث ضعيف الحديث و قال ابن حبانؒ يقلب الأسانيد فاستحق الترك له عنده حديث واثلة رضى الله تعالى عنه فى قول الأعرابى اللهم ارحمنى و محمدا ﷺ قلت: و قال الترمذىؒ فى العلل عن البخارىؒ ضعيف ذاهب الحديث لا أروى عنه شيئا و قال الحاكمؒ و أبو نعيم يروى عن أبى المليح و عطاء مناكير و قال يعقوب بن سفيان ضعيف ضعيف كذا فى تهذيب التهذيب ص٩ ج٧. (١) قال الاكمل رحمه الله تعالى فى العناية ص٤٥٦ ج٦. (١) فى السر و العلانية أقول لعل الواو بمعنى أو لمنع الخلوحتى ترتفع المخالفة التى تضمنها الكلام فتأمل كذا فى السعدية.

لأن القضاء مبناه على الحجة و هي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة و فيه صون قضائه عن البطلان و قيل هذا اختلاف عصر و زمان و الفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها

طعن الخصم أو لم يطعن و به قال (١) الشافعيّ و أحمدّ و قال (٢) مالك رحمه الله تعالى من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه و من عرف جرحه ردت شهادته و إنما يجب السؤال مهما شك (**لأن القضاء مبناه على الحجة و هي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة**) يقال تعرفت ما عنده أي تطلبته منه حتى عرفته (**و فيه**) أي في تعرفه (**صون قضائه**) أى حفظه (**عن البطلان**) على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً فيبطل القضاء (**و قيل هذا**) أى هذا الخلاف (**اختلاف عصر و زمان**) لا اختلاف حجة و برهان بيانه (٣) أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى كان في القرن الثالث الذى شهد النبي ﷺ بالخيرية لأهله حيث قال خير القرون رهطي الذي أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف و يشهد قبل ان يستشهدوهما كانا في القرن الرابع الذي شهد النبي عليه الصلاة و السلام بفشو الكذب في أهله فلهذا شرطا الاستكشاف و لو شاهد أبو حنيفة رحمه الله تعالى ذلك لقال بقولهما و لهذا قال المصنفّ (**و الفتوى على قولهما في هذا الزمان**) أى على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (**ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة**) أى الرقعة التى يكتب فيها القاضي أسامى الشهود و حلاهم سميت بالمستورة لأنها تستر عن نظر العوام (**إلى المعدل**) بكسر الدال (**فيها**) أى في المستورة

(١)و به قال الشافعيّ الخ كذا فى فتح القدير ص٤٥٨ ج٦ و المغنى ص٤١٥ ج١١. (٤)قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى الفتح. (٣)بيانه الخ قال المحقق الفهام ابن الهمامّ فى فتح القدير: و لا يخفى قوة دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى على ذلك و كونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة رحمه الله تعالى و لكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبى ﷺ (يعنى المسلمون عدول الحديث) و الصحابة رضى الله تعالى عنهم و السلفّ و مع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان و لذلك قالوا هذا الخلاف خلاف زمان لا حجة و برهان و ذلك لأن الغالب فى زمان أبى حنيفة رحمه الله تعالى الصلاح بخلاف زمانهما و ما قيل بأنه أفتى فى القرن الثالث و هو المشهود لهم بالصلاح منه ﷺ حيث قال خير القرون قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم و هما أفتيا فى القرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة رحمه الله تعالى توفى فى عام خمسين و مائة فكيف أفتى فى القرن الثالث و قوله خير القرون الخ إثبات الخيرية بالتدريج و التفاوت لا يستلزم أن يكون فى الزمان المتأخر غلبة الفسق و الظاهر الذى يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذى يثبت بظاهر حال الاسلام و تحقيقه أنه لما قطعنا بغلبة الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الا سلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض اه.

النسب و الحلي و المصلي و يردها المعدل و كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع أو يقصد

بيان (النسب) أى نسب الشهود (و الحلي) بكسر الحاء المهملة و تخفيف اللام مقصوراً جمع حلية و في المغرب (١) حلية الإنسان صفته و جآء الضم في الحاء في الجمع و الكسر أفصح (و المصلى) أى قيل أراد به المحلة و الظاهر أن المراد به مسجد المحلة (و يردها المعدل) أى يرد المعدل المستورة (و كل ذلك في السر كيلا يظهر) أى المعدل (فيخدع) على صيغة المجهول بالنصب لأنه جواب النفي اى يخدع بالمال (أو يقصد) مجهول أيضاً منصوب لأنه عطف على يخدع أى يقصد بالإضرار إذا كان ظاهراً و في المحيط و فتاوى قاضي خان و ينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو اوثق الناس و أورعهم و أكرمهم و اكثرهم أمانة و خبرة و أعلمهم بالتمييز فطنة فيوليه المسألة ثم يكتب في الرقعة اسماء الشهود و أنسابهم و حلاهم و قبائلهم و محالهم و يبعث تلك الرقعة على يد أمين مختومة ولا يطلع أحد على ما في يد أمينه حتى لا يخدع بالرشوة و لو كان المزكي بعيداً يجعل أجرة الامين على المدعي و ثمن الصحيفة الذى يكتب فيها أساميهم عليه أيضاً ثم المزكي يسأل عنهم من أهل حرفتهم و من جيرانهم و أهل محلتهم فإن لم يجد فمن أهل سوقهم فإذا قال المسؤل عنه هو عدل يكتب المزكي في آخر الرقعة أنه عدل مرضي عندى جائز الشهادة و إلا يكتب أنه غير عدل مرضي و في فتاوى (٢) قاضي خانٍ من عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازاً عن هتك الستر و يقول الله أعلم إلا إذا عدله غيره و خاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضى بشهادة فحينئذ يصرح بذلك و من لم يعرفه لا بالعدالة و لا بالسفق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ثم يبعثه بتلك الرقعة إلى القاضي سراً ثم القاضي ان شاء يجمع بين تزكية السر و تزكية العلانية و إن شآء اكتفى بتزكية السر و في زماننا تركوا تزكية العلانية و اكتفوا بتزكية السر و في الذخيرة ينبغي أن يكون المزكي صاحب خبرة و لا يكون منزوياً لا يخالط الناس لأنه إذا لم يخالطهم لا يعرف العدل من غير عدل و ينبغي أن لا يكون طماعا و لا فقيراً حتى لا ينخدع بالمال فإذا لم يجد المزكي أهل مسجده أو أهل محلته أو سوقه يسأل أهل مجلسه فإن وجد كلهم غير ثقاة يعتمد في ذلك على تواتر الأخبار و عن ابن سماعة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز في تزكية السر المرأة و العبد

(١) المغرب مادة حلى ص ٢٢٢ ج ١ و فى تاج العروس ص ٩٧ ج ١٠ الحلية بالكسر الخلقة و الصورة و الصفة و منه حلية النبى ﷺ و الحلية فى حديث الوضوء التحجيل و هو منه و الجمع حلى بالكسر على القياس و يضم كلحية و لحى و لحى و جزية و جزى و جزى. (٢) فتاوى قاضى خان ص ١١٨ ج ٣.

و في العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل و الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره و قد كانت العلانية و حدها في الصدر الاول و وقع الا كتفاء في السر في زماننا تحرزاً عن الفتنة و يروى عن محمد رحمه الله تعالى تزكية العلانية بلاء و فتنة ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل و قيل يكتفي بقوله و هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار (١) و هذا أصح قال و في قول من رأى أن يسأل عن الشهود

و المحدود في القذف إذا كانوا عدولاً و لا يجوز في تزكية العلانية إلا من يجوز شهادته لأن تزكية السر من الإخبار بأمر ديني و قول هؤلاء في الأمور الدينية مقبول إذا كانوا عدولاً كما في روايتهم الأخبار و شهادتهم بهلال رمضان أما العلانية نظير الشهادة من حيث أن القضاء لا يجب إلا بها كالشهادة و يشترط فيها ما يشترط في الشهادة سوى لفظة الشهادة حتى لا يجوز تزكية الوالد لولده و على العكس و في السر جائز. (و في العلانية) أى و في التزكية العلانية (لا بد أن يجمع) اى الحاكم في مجلس القضاء (بين المعدل و الشاهد) فيقول المعدل هذا الذى عدلته يشير إلى الشاهد (لينتفي شبهة تعديل غيره) لأن الشخصين قد يتفقان في الاسم و النسبة (و قد كانت العلانية) أى التزكية العلانية (وحدها) يعني بدون تزكية السر (في الصدر الأول) أى عهد الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء و المعدل ما كان يتوقى عن الجرح لأنهم كانوا لا يقابلونه بالأذى لو جرحهم و في زماننا ليس كذلك (و وقع (٢) الاكتفاء فى السر في زماننا تحرزاً عن الفتنة و يروى عن محمد رحمه الله تعالى تزكية العلانية بلاء و فتنة) لأن الشهود يقابلون المزكي إذا جرحهم بالأذى و يقع بينه و بينهم العداوة (ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو) أى الشاهد (حر عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل و قيل يكتفي بقوله) أى بقول المعدل (هو عدل) و لا يشترط أن يقول هو حر عدل جائز الشهادة (لأن الحرية ثابتة بالدار) لأن الدار دار الإسلام و قال المصنف رحمه الله تعالى (و هذا (٣) أصح) و به قال أصحاب الشافعيّ و أحمدّ و قال مالك رحمه الله تعالى لا بد من ذكر العدالة و الرضاء بأن يقول هو عدل مرضي و لا يقتصر على أحد الوصفين ذكره في الجواهر (قال و في قول من رأى أن يسأل عن الشهود) بيان هذا أن

---

(١) بالدار ن بأصل الدار. (٢) و وقع الاكتفاء الخ و فى الدرالمختار و لو اكتفى بالسر جاز مجمع. و به يفتى سراجية. (٣) هذا أصح و فى البحر: و اختار السرخسيّ أنه لا يكتفى بقوله هو عدل لأن المحدود فى قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة و كذا الأب إذا شهد لإبنه فلا بد من زيادة جائز الشهادة كما فى الظهيرية و ينبغي ترجيحه.

لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه و عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد رحمه الله تعالى يضم تزكية الآخر إلى تزكيته لأن العدد عنده

أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل (لم يقبل (١) قول الخصم) و هو المدعى عليه (أنه عدل) و فسر المصنفّ الخصم بقوله (معناه قول المدعى عليه) و كذا فسرناه و لفظ الجامع الصغير محمد رحمه الله تعالى عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال في قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز إذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه انتهى و ذلك لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود و القصاص إلا إذا طعن الخصم و مع هذا إذا سئل عنهم على قول من رأى ذلك فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفي بذلك حتى يسأل غيره لأن تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه و جرح من وجه حيث لم يصدقه على شهادته (و عن أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى أنه يجوز تزكيته) أي تزكية الخصم و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و في قول آخر لا تجوز (لكن عند محمد رحمه الله تعالى يضم تزكية الآخر إلى تزكيته لأن العدد شرط عنده) أي عند محمد رحمه الله تعالى

---

(١) لم يقبل قول الخصم الخ قال في البحر تحت قول صاحب الكنز (و تعديل الخصم لا يصح) أطلقه و قيده في البزازية بما اذا كان المدعى عليه لا يرجع إليه في التعديل فإن كان صح قوله و شمل الخصم المدعي و المدعى عليه و إن أراد به المدعى عليه وهو الظاهر فعدم صحته من المدعي بأولى كتعديل الشاهد نفسه و أما جرح الشاهد نفسه فمقبول لما في البزازية: و قول الشاهد إنه ليس بعدل إقراره على نفسه جائز عليه و كان ينبغي له أن لا يفعل اه و ظاهر ما في الظهيرية أنه يأثم بذلك حيث كان صادقاً في شهادته لما فيه من إبطال حق المدعي و لم يذكر المؤلف رحمه الله تعديل أحد الشاهدين صاحبه و فيه اختلاف قال في الظهيرية: شاهدان شهدا لرجل و القاضي يعرف أحدهما بالعدالة و لا يعرف الآخر فعدله الذي عرفه القاضي بالعدالة قال نصير رحمه الله: لا يقبل القاضي تعديله و لابن سلمة فيه قولان و عن أبي بكر البلخي في ثلاثة شهدوا و القاضي يعرف اثنين منهم بالعدالة و لا يعرف الثالث فإن القاضي يقبل تعديلهما لو شهد هذا الثالث شهادة أخرى و لا يقبل تعديلهما في الشهادة الأولى و هو كما قال نصير رحمه الله تعالى اه و أطلقه فشمل ما إذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما في البزازية و يحتاج إلى تأمل فإنه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب في إنكاره وقت التعديل و كان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن و في البزازية: و لا يسأل رجلاً له على المشهود عليه دين فلسه الحاكم و هذا دليل على أن الشاهد إذا كان له دين على المشهود عليه و هو مفلس لا تقبل اه و في المحيط البرهاني من دفع الدعاوى معزياً إلى الأوزجندي: إذا قال المدعى عليه بعد الشهادة لي دفع لا يكون تعديلاً للشهود لجواز أن يكون بالطعن في الشاهد اه قلت: بخلاف قول المدعى عليه في جواب دعوى الوكيل بالدين دفعته إلى الموكل أو أبرأني فإنه يكون إقراراً بالوكالة فإنه يؤمر بالدفع إلى الوكيل.

شرط و وجه الظاهر ان في زعم المدعي و شهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا و موضوع المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد إعترف بالحق قال و إذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحداً جاز و الإثنان أفضل و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى

و في جامع قاضي خانٌ هذا إذا كان المدعي عليه عدلا يصلح مزكياً فإن كان فاسقاً أو مستوراً و سكت عن جواب المدعي و لم يجحده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لأن العدالة في المزكي شرط عند الكل و لم يوجد و عن محمد رحمه الله تعالى فيما إذا قال هم عدول فالقاضي يسأل المدعى عليه أ شهدوا عليك بحق أو بغير حق فإن قال بحق فهو إقرار و إن قال بغير حق لا يقضى بشيء (و وجه الظاهر) أي وجه ظاهر الرواية (أن في زعم المدعي و شهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره) بالصاد المهملة و الاصرار هو الثابت على الشيء أي الخصم مبطل في ثباته على الإنكار (فلا يصلح معدلاً) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق (و موضوع (١) المسألة) هذا جواب عما يقال تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً لأن العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق فأجاب المصنفٌ بقوله و موضوع المسألة يعني الذي يثبت عليه هذه المسألة (إذا قال) أي المدعي (هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا) و مثل هذا ليس بإقرار بالحق و فيه نظر لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره فيصدق في الإقرار على نفسه و يرد الغير للتهمة و أجيب بأنه لا إقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ و النسيان فأنى يكون إقراراً (أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة) جمع صادق (فقد اعترف بالحق) فيقضي القاضي عليه باعترافه لا بالشهادة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا كان رسول القاضي الذي يسأل) على صيغة المجهول (عن الشهود واحداً (٢) جاز) لأنه ليس بشهادة بل هو خبر و لا يشترط في الخبر العدد (و الاثنان أفضل) لأنه أحوط (و هذا عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى) و به (٣) قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى

---

(١) موضوع المسألة الخ أقول المقصود من التعديل هو حصول علم القاضى بعدالة الشاهد فإذا كان المدعى عليه عدلا يعرفه القاضى بالعدالة ينبغى أن يقبل تعديله إلا أن يقال شهادة الشهود تتضمن جرحه كذا فى السعدية.

(٢)واحدا أقول لو قال الواحد العدل المسلم لكان أولى لا شتراط العدالة فى التزكية و الاسلام فى المزكى لو المشهود عليه مسلما كما فى البزازية و أطلق فى الواحد فشمل العبد و المرأة و الأعمى و المحدود فى القذف إذا تاب و الصبى و أحد الزوجين للآخر و الوالد لولده و عكسه و العبد لمولاه و عكسه كذا فى البحر. (٣)و به قال =>

و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز إلا اثنان و المراد منه المزكى و على هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي و المترجم عن الشاهد

في رواية (و قال محمد رحمه الله تعالى لا يجوز إلا اثنان) و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية (و المراد منه) أي من رسول القاضي الذى يسأل عن الشهود (المزكي) و هو المرسل اليه فكان قوله الذي يسأل عن الشهود صفة الرسول و تفسيره و الذي يسأل عنه عن الشهود هو المزكي (و على هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي و المترجم عن الشاهد) يعني يكفي (١) الواحد للتزكية و الرسالة و الترجمة عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و عند محمد رحمه الله تعالى لا بد من اثنين و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى فى رواية و الترجمة جائزة إذا كان القاضي لا يعرف لسانهم و النبي ﷺ صنع في حق سلمان رضي الله عنه يقال ترجم (٢) كلامه إذا فسره بلسان

=> مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى فتح القدير ص ٤٦٠ ج٦ و قال الموفق الحنبلىّ فى المغنى ص ٤٢١ ج١١ (فصل) و لا يقبل الجرح و التعديل إلا من إثنين و بهذا قال مالك و الشافعى و محمد بن الحسن و ابن المنذر رحمهم الله تعالى و روى عن احمدّ يقبل ذلك من واحد و هو اختيار أبى بكرّ و قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى. (١) يكفى الواحد الخ و فى الدرالمختار كفى عدل واحد فى اثنى عشر مسئلة على ما فى الأشباه و قد نظم ابن وهبانّ منها أحد عشر فقال:

و يقبل عدل واحد فى تقوم ... و جرح و تعديل و ارش يقدر
و ترجمة و السلم هل هو جيد ... و إفلاسه الارسال و العيب يظهر
و صوم على ما مر أو عند علة ... و موت اذا للشاهدين يخبر

و فى ردالمحتار على الدرالمختار (قوله تقوم) أى تقوم الصيد و المتلفات (قوله هو جيد) أى المسلم فيه كذا فى الهامش (قوله و إفلاسه) يعنى إذا أخبر القاضى بافلاس المحبوس بعد مضى مدة الحبس أطلقه حموى على الأشباه كذا فى الهامش (قوله و العيب يظهر) أى فى إثبات العيب الذى يختلف فيه البائع و المشترى (قوله على ما مر) أى من رواية الحسنّ من قبول خبر الواحد بلا علة (قوله و موت) أى موت الغائب (قوله يخبر) أى إذا شهد عدل عند رجلين على موت رجل وسعهما أن يشهدا على موته و الثانية عشر قول أمين القاضى إذا أخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها كما فى دعوى القينة أشباه مدنى. (٢) ترجم كلامه الخ و فى لسان العرب مادة رجم ص ٢٢٩ ج ١٢ الترجمان (بفتح الأول و ضم الثالث) و الترجمان (بضم الأول و الثالث): المفسر و قد ترجمه و ترجم عنه و هو من المثل الذى لم يذكره سيبويهّ قال ابن جنىّ: أما ترجمان (بفتح الأول و ضم الثالث) فقد حكيت فيه ترجمان بضم أوله و مثاله فعللان كعترفان و دحمسان و كذلك التاء أيضا فيمن فتحها أصلية و إن لم يكن فى الكلام مثل جعفر لأنه قد يجوز مع الألف و النون من الأمثلة ما لولا هما لم يجز كعنفوان و خنذيان و ريهقان ألاترى أنه ليس فى الكلام فعلو و لا فعلى و لا فيعل و يقال: قد ترجم كلامه إذا فسره بلسان آخر و منه الترجمان =>

له أن التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة و هو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه و تشترط الذكورة في المزكى في الحدود و القصاص و لهما انه ليس فى معنى الشهادة و لهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة و مجلس القضاء و اشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها و لا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً فأما في تزكية العلانية فهو شرط و كذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصافؒ لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا

آخر و في الخلاصة الترجمان إذا كان أعمى فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يجوز (له) أى لمحمد رحمه الله تعالى (أن التزكية (١) في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة و هو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه و يشترط الذكورة في المزكي في الحدود و القصاص) بإجماع الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى و ذكر في المختلف يشترط الذكورة في المزكي عند أبي حنيفةرحمه الله تعالى خلافاً لهما و يشترط أيضاً عند الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى فيما لا يثبت بشهادة النساء و على هذا الخلاف الجرح فعندهما يثبت بواحد و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و عند محمد رحمه الله تعالى لابد من اثنين و به قال الشافعي و أحمد رحمهما الله في رواية (و لهما) أي و لأبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى (أنه) أى أن التزكية (ليس في معنى الشهادة و لهذا) أى لعدم كونه في معنى الشهادة (لا يشترط فيه لفظة الشهادة و مجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة (و اشتراط العدد أمر حكمي) أى تعبدى ثبت بالنص على خلاف القياس (في الشهادة فلا يتعداها) أى فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية (و لا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً) لمولاه وغيره (فأما في تزكية العلانية فهو شرط و كذا العدد بالإجماع) شرط (على ما قاله الخصافؒ لاختصاصها بمجلس القضاء) و قال في الخلاصة (٢) شرط الخصافؒ أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر أما عندنا الذى يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية ذكره في الفصل الثاني من كتاب القضاء (قالوا) أى المشايخؒ

=> (بفتح الأول و ضم الثالث) و الجمع التراجم مثل زعفران و زعافر و صحصحان و صحاصح قال: و لك أن تضم التاء لضمة الجيم فتقول ترجمان مثل يسروع و يسروع اه (١) أن التزكية و فى لسان العرب مادة زكا ص٣٥٨ج١٤ زكاه الله و زكى نفسه تزكية: مدحها و زكى الرجل نفسه إذا وصفها و أثنى عليها. (٢)الخلاصة ص١٤ج٤.

يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله تعالى

فصل

و ما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع و الإقرار و الغصب و القتل و حكم الحاكم فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه وسعه ان يشهد و إن لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه و هو الركن في إطلاق

(يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمدرحمه الله تعالى) أى الأربعة من الذكور في المزكيين ذكره في الذخيرة.

(فصل)

أى هذا فصل في بيان أحكام تتعلق باداء الشهادة بأن الشاهد كيف يشهد عند القاضي (و ما يتحمله الشاهد على ضربين) أى على نوعين (احدهما ما يثبت حكمه بنفسه) أى بلا احتياج إلى الاشهاد (مثل (١) البيع و الإقرار و الغصب و القتل و حكم الحاكم فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه) الذى سمعه مثل (٢) البيع و الإقرار و حكم الحاكم و نحو هذا من المسموعات و الذى رآه مثل الغصب و القتل و نحو ذلك من المبصرات (و سعه) أى وسع الشاهد (أن يشهد و إن (٣) لم يشهد عليه لأنه علم ما هو الموجب بنفسه و هو الركن) أى العلم بالموجب بنفسه هو الركن (في إطلاق

---

(١) مثل البيع أقول الظاهر أن المضاف محذوف أى مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول أى مثل ما يتحمل فيها كذا فى السعدية. (٢) مثل البيع الخ أقول البيع اذا كان بالعقد فمن المسموعات و ان كان بالتعاطى فمن المرئيات و الإقرار يصح أيضا أن يكون مثالا لهما أما كونه من المسموعات فظاهر و أما كونه من المرئيات فبالكتابة و أما حكم الحاكم فيصح أن يكون من قبيل المسموع بأن كان بالقول و يصح أن يكون من المرئيات إن كان فعلا و أما الغصب و القتل فلا يكونان إلا من المرئيات و من قصر البيع و الاقرار و الحكم على المرئيات فقد قصر و التحقيق ما أسمعتك كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: قوله: (و أما كونه من المرئيات فبالكتابة الخ) أى بناء على ما قاله النسفيّ و هو خلاف ما عليه العامة نعم أفتى به الشيخ سراج الدينّ قارئ الهداية إذا كان على رسم الصكوك و اعترف بأنه خطه أو شهدوا عليه به و قد شاهدوا كتابته و عرفوا ما كتبه أو قرأه عليهم هذا حاصل ما أجاب به فى موضعين. (٣) و ان لم يشهد عليه و فى البحر. أشار بقوله "و ان لم يشهد عليه" إلى أنه لا يشترط أن يعلم المقر بالشاهد بالأولى فلو اختفى الشاهد و ستر نفسه و يرى وجه المقر و يفهمه و المقر لا يعلمه وسعه أن يشهد و هكذ يفعل بالظلمة كما فى خزانة الأكملّ و لو قال المصنفّ "و لو قال له لا تشهد علي" بدل قوله "و إن لم يشهد عليه" لكان أفود لما فى الخلاصة: لو قال المقر لا تشهد على بما سمعت تسعه الشهادة اه فيعلم حكم ما إذا سكت بالأولى و إذا سكت يشهد بما علم و لا يقول أشهدنى لأنه كذب اه ملخصا.

الأداء قال الله تعالى "إلا من شهد بالحق و هم يعلمون" و قال النبي ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد و إلا فدع قال و يقول أشهد أنه باع و لا يقول أشهدني

(الأداء) أى في تجويز أداء الشهادة (قال الله عزوجل "إلا من (١) شهد بالحق و هم يعلمون") بيانه أن الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم و قد حصل العلم بالرؤية و السماع فتصح الشهادة و يدل عليه الإجماع ايضاً ألا ترى أن رجلاً لو طلق امرأته ثلاثاً أو أعتق عبده أو أمته و سمع الرجلان ذلك فجآءت المرأة أو العبد يطلب شهادتهما لم يسعهما ترك الشهادة لئلا يقع الرجل في الوطء الحرام في المرأة و الأمة قالوا إنما يجوز ذلك إذا رأوه و عرفوه فإن سمعا كلامه من وراء حجاب غليظ و حائط لا يرونه لم يسعهم الشهادة لأن الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك (و قال النبي ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد و إلا فدع) هذا الحديث رواه (٢) البيهقيّ في سننه و الحاكمّ في المستدرك عن محمد بن سليمان بن مشمول حدثنا أبى عن عبد الله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاووس عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال نعم قال على مثلها فاشهد أو دع قال الحاكمّ حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه و تعقبه الذهبيّ فى مختصره فقال بل هو حديث واه فإن محمد (٣) بن سليمان بن مشمولّ ضعفه غير واحد و قال النسائيّ ضعيف و قال ابن عدىّ عامة ما يرويه لا يتابع عليه إسنادا و لا متنا فإن قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الاداء مخالف للنصين جميعاً فإنهما يدلانِ على شرطيته لا على ركنيته إذ الاحوال شروط و إذا (٤) موضوعة للشرط أجيب بأنه مجاز عن الشرط و انما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الاداء إليه (و يقول أشهد أنه باع) يعني إذا سمع المبايعة و لم يشهد عليها و احتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أشهد أنه باع (و لا يقول أشهدني

(١) إلا من شهد الآية الزخرف: ٨٦. (٢) رواه البيهقيّ فى الشهادات باب التحفظ فى الشهادة و العلم بها ص١٥٦ ج١٠ باسناده عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة فقال أما انت يا ابن عباس فلا تشهد إلا على أمر يضيء لك كضياء هذا الشمس و أومى رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس.
(٣) محمد بن سليمان بن مشمول الخ كذا فى نصب الراية ص٨٢ ج٤ و لكن قال ابن حجرّ فى لسان الميزان ص١٨٥ ج٥ ذكره ابن حبانّ و ابن شاهينّ فى الثقات و زعم أن يحيى بن معينّ وثقه و ذكره العقيلي و الساجي و الدولابي و ابن الجارود رحمهم الله تعالى فى الضعفاء و قال ابن حزمّ: منكر الحديث اه فقد علم منه أن الرجل مختلف فيه و الحديث حسن على أصولنا. (٤) إذا موضوعة للشرط أقول إن أراد أنها موضوعة للشرط المصطلح عليه فى عرف الفقهاء فمسلم و السند ظاهر و إن أراد أنها موضوعة للشرط النحوى فمسلم و لا يفيد لأنه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى إذا قمتم إلى الصلاة فان القيام إليها سبب للطهارة لا شرط كما صرح به فى الأصول كذا فى السعدية.

لأنه كذب و لو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد و لو فسر للقاضي لا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت و علم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب و ليس في البيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل و لا يراه له أن يشهد لأنه حصل العلم في هذه الصورة و منه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل (١) الشهادة على الشهادة فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها لأن الشهادة غير موجبة بنفسها

لانه كذب) لانه ما أشهده و في الذخيرة هذا في البيع الصريح أما في البيع على سبيل التعاطي يشهدون على الأخذ و الإعطاء لأن التعاطي بيع حكمي و قيل لو شهدوا على البيع يجوز (و لو سمع من وراء الحجاب) أي قول واحد بعت و قول آخر اشتريت (لا يجوز له أن يشهد و لو فسر للقاضي) بأن قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم) النغمة (٢) الكلام الخفي من حد ضرب يقال فلان حسن النغمة إذا كان حسن الصوت في القراءة (إلا إذا كان) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان أي الشاهد (دخل البيت و علم أنه ليس فيه) أي في البيت (أحد سواه ثم جلس على الباب و ليس في البيت مسلك غيره) أي غير الباب (فسمع إقرار الداخل و لا يراه) فحينئذ يجوز (له أن يشهد) على إقراره (لأنه حصل العلم في هذه الصورة) و كان ابن مقاتلٌ لم يجوز الشهادة بالسماع من وراء الحجاب مطلقاً و قال أبو الليثٌ إذا رأى شخصها حال إقرارها يجوز و إلا لاشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها كما في الذخيرة(و منه) هذا بيان للضرب الثاني من الضربين اللذين ذكرهما بقوله ما يتحمله الشاهد على ضربين أي مما يتحمله الشاهد (ما لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة) فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد (فإذا سمع شاهداً يشهد بشئ لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها) بضم الياء في يشهد (لأن الشهادة) أي شهادة الأصول (غير موجبة بنفسها) و في بعض

---

(١) مثل الشهادة –ن– كالشهادة. (٢) النغمة الخ و في تاج العروس: (النغم محركة و تسكن الكلام الخفى الواحدة بهاء) قال شيخناً فمفرده تابع لجمعه في الضبط انتهى و فلان حسن النغمة أى حسن الصوت فى القراءة كما فى الصحاح قال ابن سيدهٌ: هذا قول اللغويين و عندى أن النغم (محركة) اسم الجمع كما حكاه سيبويهٌ من أن حلقا و فلكا اسم جمع حلقة و فلكة لا جمع لهما و قد يكون نغم متحركا من نغم (و نغم) فلان (فى الغناء كضرب و نصر و سمع) الأولى نقلها الجوهرىٌ و الثانية قال فيها ابن سيدهٌ و أرى الضمة لغة و أما الثالثة فأخذها من سياق الجوهرى و فيه نظر فانه قال نغم ينغم و ينغم نغما فليس فيه تصريح بأنه من حد سمع و لو كان كذلك لقال و نغم ينغم فلما لم يفرد ماضيه عرفنا أنه من حد منع فتأمل ذلك اه ملخصا.

و إنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة و التحميل و لم يوجد و كذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد لأنه ما حمله و إنما حمل غيره قال و لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يحل له أن يشهد

النسخ غير مثبتة بنفسها (و إنما (١) تصير) أي الشهادة (موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة و التحميل) أي لا بد من الإنابة بتحميل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القضاء و قال (٢) الأكملُ و الأول يعني قوله الإنابة إشارة إلى مذهب محمد رحمه الله تعالى فانه يقول بطريق التوكيل و لا توكيل إلا بأمر الموكل و الثاني يعني قوله و التحميل إشارة إلى مذهب أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فإنهما لم يجعلاه (٣) بطريق التوكيل بل بطريق التحميل (و لم يوجد) أي كل واحد من الإنابة و التحميل (و كذا لو سمعه) أي إذا سمع الشاهد (يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد لأنه) أي لأن ذلك الشاهد (ما حمله) أى السامع على شهادته (و إنما حمل غيره) أى غير السامع و هو بخلاف القاضي إذا شهدا على قضيته و سمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا لأن قضائه حجة بمنزلة الإقرار و البيع و غير ذلك فيصح التحميل من غير إشهاد كذا ذكره فخر الإسلام البزدويُّ في شرح الجامع الصغير. (قال) أي القدوريُّ (و لا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم) و هذا كما رأيت لم يذكر القدوريُّ فيه الخلاف و كذا لم يذكر في شرح الاقطع و كذلك الخصافُ لم يذكر الخلاف في أدب القاضي فلأجل هذا قال المصنفُ (قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما يحل له أن يشهد) و كذا ذكر

---

(١) انما تصير الخ و فى فتح القدير. و هذا الاطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة اه و فى البحر: و فيه نظر لأنها لا تكون ملزمة إلا بالقضاء و لم يوجد اه و فى المنحة على البحر: قوله: (و فيه نظر لأنها لا تكون ملزمة الخ) أى لا تكون ملزمة للخصم و الظاهر أن مراد المحققُ أنها ملزمة للقاضى الحكم بها إذ لا يجوز له تأخير الحكم بها إلا فى مواضع تقدمت فى القضاء وما ذكر المحققُ صرح به فى النهاية كما ذكره فى الدرالمختار ثم قال: و يخالفه تصوير صدر الشريعةِ وغيره اه و عبارة الصدر: سمع رجل أداء الشهادة عند القاضى لم يسع له أن يشهد على شهادته اه. (٢)قال الاكملُ فى العناية ص٤٦٣ ج٦. (٣) لم يجعلاه الخ أقول و لهذا لو نهى عن الشهادة بعد الشهادة لا يصح نهيه و يجوز له أن يشهد كذا فى السعدية.

و قيل هذا بالاتفاق و إنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة و النقصان فحصل له العلم بذلك و لا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره

الخلاف في المختلف و ذكر أن القاضي و راوي الخبر كذلك على الخلاف (و قيل هذا) أي عدم الحل بدون تذكر الحادثة (بالاتفاق و إنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته) أي شهادة شاهد (في ديوانه أو قضيته) أي أو وجد حكمه مكتوباً في خريطته (لأن ما يكون في قمطره) أي في خريطته و قال تاج الشريعة القمطر (١) بكسر القاف و فتح الميم و سكون الطاء ما يصان فيه الكتب قال:

ليس بعلم ما يعي القمطر   ما العلم إلا ما وعاه الصدر

(فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة و النقصان فحصل له) أي للقاضي (العلم بذلك و لا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره) و في أدب القاضي في المبسوط (٢) ههنا ثلاثة فصول أحدها القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة شهادة و لم يتذكر أنهم شهدوا بذلك و لا حكمه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحكم بدون التذكر و به (٣) قال الشافعي و أحمد في رواية و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاتمه يجوز أن يقضي به و إن لم يتذكر و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و الثاني الشاهد يجد شهادته في صك و علم أنه خطه و هو معروف و لكن لم يتذكر الحادثة و الثالث إذا سمع حديثاً فوجده مكتوباً بخطه و وجد سماعه مكتوباً بخط غيره لا يحل له الرواية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بدون التذكر و لهذا قلت له (٤) روايته و محمد رحمه الله تعالى (٥) أخذ في الفصول الثلاثة

---

(١) القمطر (بكسر القاف و فتح الميم وسكون الطاء) ما يصان فيه الكتب و هو شبه سفط يسف من قصب كالمقطرة (بكسر القاف و سكون الميم و فتح الطاء و الراء) و بالتشديد شاذ و قال ابن السكيت لا يقال بالتشديد و الجمع قماطر كذا في تاج العروس مادة قمطر (٢) المبسوط للسرخسي ص٩٢ ج١٦. (٣) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا في فتح القدير: (٤) قلت له روايته و في الخلاصة ص٢٣ ج٤ أبو حنيفة رحمه الله تعالى ضيق في الكل حتى قلت روايته الأخبار مع كثرة سماعه فانه روى أنه سمع من ألف و مائتي رجل غير أنه يشترط الحفظ من وقت السماع إلى وقت الرواية اه. (٥) محمد رحمه الله تعالى الخ قال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي أن يفتى بقول محمد رحمه الله تعالى و هكذا في الأجناس كذا في الخلاصة و جزم في البزازية بأنه يفتى بقول محمد رحمه الله تعالى و في المبتغى بالغين المعجمة: من وجد خطه و عرفه و نسي الشهادة وسعه أن يشهد إذا كان في حوزه وبه نأخذ اه و عزاه في البزازية إلى النوازل ثم اعلم أن الشاهد إذا اعتمد على خطه على القول المفتى به و شهد و قلنا بقبوله فللقاضي أن يسأله هل يشهد عن علم أم عن الخط؟ إن قال عن علم قبله و إن قال =>

و على هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن و أنت قال و لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب

بالرخصة تيسيرا و قال يعتمد خطه إذا كان معروفاً و أبو يوسف رحمه الله تعالى في مسألة القضاء و رواية الحديث أخذ بالرخصة لأن المكتوب كان في يده و في مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة و لو نسى القاضي قضاء ه و لم يكن له سجل فشهدا حكمه لم يمضه عند أبي حنيفة و أبي يوسف و الشافعي رحمهم الله تعالى و عند محمد و أحمد و ابن أبي ليلى رحمهم الله تعالى يقضى به و يمضيه (و على هذا) هذا عطف على قوله و لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أى على ما قيل من الوجهين من وجه الاتفاق و الاختلاف (إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة) و لم يتذكر الحادثة (أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن و أنت) لا يحل له أن يشهد بالاتفاق و قيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما (قال) أى القدوري رحمه الله (و لا يجوز (١) للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب) طريق معرفة النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة (٢) لا يتصور

=> عن الخط لا كما في البزازية و في المعراج: و على الاختلاف لو سمع من غيره حديثا ثم نسى الأصل الرواية فعند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لا يعمل به و عند محمد رحمه الله تعالى يعمل به و على هذا المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى في الرواية في الجامع الصغير و هي ثلاث سمعها محمد من أبي يوسف رحمهما الله تعالى ثم نسى أبو يوسف رحمه الله تعالى الرواية فكان لا يعتمد على رواية محمد رحمه الله تعالى و هو لا يدع الرواية اه و هي ست لا ثلاث كما نقلنا ها مبينة في شرحنا على المنار و تعقبهم في فتح القدير هنا و في كتاب الصلاة بأن الحكاية التي جرت بين الشيخين رحمهما الله تعالى تفيد أنه من باب تكذيب الأصل الفرع و لا خلاف عندهم في بطلان الرواية لا أنه من باب النسيان فاعتماد المشايخ على قول محمد رحمه الله تعالى مشكل انتهى ما في البحر ملخصا. (١)لا يجوز الخ و في الشامية معزيا في الطبقات السنية للتميمي في ترجمة ابراهيم بن اسحاق من نظمه:

افهم مسائل ستة و اشهد بها   من غير رؤياها و غير وقوف
نسب و موت والولاد و ناكح   و ولاية القاضي و أصل وقوف

(٢) جماعة لا يتصور الخ و في شرح الوجيز للرافعي الشافعي رحمه الله تعالى ص ٦٩ ج ١٣ أما العدد المعتد به في التسامع ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز الاعتماد فيه على خبر عدلين و هذا ما اختاره الشيخ أبو حامد و أبو حاتم القزويني رحمهما الله تعالى و إليه ميل الامام. و الثاني: لا بد من جمع كثير يقع العلم أو الظن القوى بخبرهم و يؤمن تواطئهم على الكذب و لا يكفى قول عدلين و هذا ما اختاره أقضى القضاة الماوردى و ابن الصباغ أيضا و أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى اه ملخصا و في المغني لابن قدامة الحنبلي ص ٢٤ ج ١٢ فكلام احمد و الخرقي رحمهما الله تعالى يقتضى أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار و يسمعه من عدد كثير يحصل العلم به و ذكر القاضي في المجرد أنه يكفى أن يسمع من اثنين عدلين و يسكن قلبه إلى خبرهما و القول الاول هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض المآء لكثرته اه ملخصا.

و الموت و النكاح و الدخول و ولاية القاضى فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به

تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و عندهما (١) اذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل له الشهادة (و الموت) إذا سمع من الناس أن فلاناً مات أو رآهم صنعوا ما يصنع بالموتى وسعه أن يشهد على موته و إن لم يعاين ذلك و روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد (و الدخول) إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة و سمع من الناس أن فلاناً زوجة فلان وسعه أن يشهد أنها زوجته و إن لم يعاين عقد النكاح (و النكاح) ان يسمع ناساً يقولون إن فلاناً تزوج بفلانة (و ولاية القاضي) إذا رأى رجلا قضى لرجل بحق من الحقوق و سمع من الناس انه قاضي هذه البلدة وسعه أن يشهد أنه قاضي بلدة كذا قضى لفلان بكذا و إن لم يعاين تقليد الامام إياه (فإنه) أي فإن الشاهد (يسعه أن يشهد بهذه الأشياء) الخمسة المذكورة و به (٢) قال أحمد و الشافعي رحمهما الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية إن كان في غاية الشهرة و قال بعض أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى لا يجوز في النكاح و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية (إذا أخبره بها) أي إذا أخبر الشاهد بهذه الاشياء (من يثق به

(١) و عندهما الخ و فى شرح الوهبانية عن العمادية: و ذكر أن الفتوى على قولهما اه كذا فى المنحة على البحر و أبو بكر الإسكاف كان يفتي بقولهما و هو إختيار النسفي كذا فى فتح القدير. (٢) و به قال احمد الخ وفى المغنى لابن قدامة الحنبلي ص٢٣ ج١٢ أجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالاستفاضة فى النسب و الولادة و اختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب و الولادة فقال أصحابنا هو تسعة أشياء النكاح و الملك المطلق و الوقف و مصرفه و الموت و العتق و الولاء و الولاية و العزل و بهذا قال أبو سعيد الاصطخرى و بعض أصحاب الشافعى رحمهم الله تعالى و قال بعضهم لا تجوز فى الوقف و الولاء و العتق و الزوجية و قال مالك رحمه الله تعالى السماع فى الأحباس و الولاء جائز اه ملخصا و فى شرح الوجيز ص٦٧ ج١٣ هل تجوز الشهادة فى الولاء و العتق و الوقف و الزوجية بالتسامع فيه وجهان: قال أبو اسحاق لا تجوز و قال الاصطخرى يجوز و بهذا قال احمد و ابن القاص و أبو على بن أبى هريرة و الطبرى رحمهم الله تعالى و رجحها ابن الصباغ و به أجاب القاضي ابن كج فى الولاء و الأول هو الجواب فى فتاوى القفال والأصح ما ذكره الامام و أبو الحسن العبادى و القاضى الروياتى فى "جمع الجوامع" قال هؤلاء: لا يمكن الاثبات بالشهادة على شهود الأصل و استحبوا للحاكم أن يجدد شهود كتب الوقف مهما خاف انقراض الأصول و فرقوا بينها و بين الملك بأن أسباب الملك متعددة و تعددها يورث عسر الوقوف عليها فلذلك جوزنا الاعتماد على التسامع و أما هذه فأسبابها متحدة و ذكر صاحب العدة أن هذا ظاهر المذهب لكن الفتوى الجواز للحاجة و فى جواز الشهادة على الموت بالاستفاضة طريقان عن القاضى الحسين أنه على الخلاف فى الولاء و ما فى معناه و الصحيح المشهور القطع بالجواز كالنسب اه ملخصا.

و هذا استحسان و القياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة و ذلك بالعلم (١) و لم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج و تعطيل الأحكام بخلاف البيع لأنه يسمعه كل واحد و إنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار و ذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب

و هذا استحسان و القياس أن لا تجوز) أى الشهادة بالتسامع (لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة و ذلك) يحصل (بالعلم و لم يحصل فصار) حكم هذا (كالبيع) حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة (وجه (٢) الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) لا يطلع عليها إلا هم (و يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالإرث في النسب و الموت و النكاح و ثبوت الملك في قضاء القاضي و كمال المهر و العدة و ثبوت الاحصان و النسب في الدخول (فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج و تعطيل الاحكام) لأن العادة لم تجر بحضور الناس الولادة و إنما يرون الصبي مع أمه و ينسبونه إلى الأب و يقولون هو ابن فلان و كذا عند الموت لا يحضره غالبا إلا الأقارب فإذا رأوا الجنازة و الدفن حكموا بأن فلاناً مات و كذا النكاح لا يحضره كل أحد فاذا أخبر بعضهم بعضاً ان فلاناً نكح فلانة يقتصرون على ذلك في التحقيق و كذا الدخول لا يعلم إلا بامارته فان الوطئ لا يشاهد و كذا ولاية السلطان للقاضي لا يحضرها إلا الخواص فإذا قرأ الحكم و جلس القاضي مجلس الحكام و نظر بين الخصوم تحققوا انه قاض ألا ترى انا نشهد أن علياً بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه كان قاضيا و إن لم نعاينه و نشهد أن أبا بكر و سائر الصحابة رضي الله تعالى عنهم ماتوا و إن لم نعاين الموت و نشهد ان عائشة رضى الله تعالى عنها زوجة النبي ﷺ و إن لم نعاين النكاح و كذا نشهد أن شريح بن الحارث كان قاضياً و إن لم نعاين ذلك (بخلاف البيع لأنه يسمعه كل واحد) و سبب الملك و هو اليد مما يعاينه كل واحد (و إنما يجوز للشاهد) هذا جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف للكتاب فإن العلم مشروط في الكتاب و لا علم فيما نحن فيه و تقرير الجواب إنا لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه فإنه إنما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار و ذلك) أي الاشتهار (بالتواتر أو بإخبار من يثق به) فالأول اشتهار حقيقة و الثاني اشتهار حكماً (كما قال في الكتاب) أي مختصر القدوري

---

(١) بالعلم –ن– بالمعاينة. (٢) وجه الاستحسان الخ أقول الظاهر أن إعتبار الأسباب لا يستقم في غير النسب و القضاء إلا أن يحمل على التغليب و فيه شئ كذا في السعدية.

و يشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجل و امرأتان ليحصل له نوع علم و قيل في الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج و لا كذلك النسب و النكاح و ينبغي أن يطلق أداء الشهادة

و هذا اشارة إلى ما ذكره بقوله قبل هذا إذا أخبره بها من يثق به و بين المصنفّ ان العدد فيمن يثق به شرط بقوله (و يشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل و امرأتان ليحصل له نوع علم) و هذا على قول أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى و أما على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر و اذا ثبتت الشهرة عند هما بخبر عدلين يشترط ان يكون الأخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر (و قيل في الموت يكتفي بإخبار واحد أو واحدة) إنما قال بلفظ قيل لأن في الموت اختلاف المشايخّ عامتهم على انه يكتفى بإخبار واحد (١) عدل و هو المروى عن ابن سماعةّ عن محمد رحمه الله تعالى قال إذا أخبرك واحد عدل بالموت وسعك أن تشهد به و بعضهم قالوا لا يكتفي بخبر الواحد كما في النكاح و اليه ذهب ظهير الدينّ فى نكاح فتاواه و به قالت الأئمة الثلاثةّ (لأنه) أي لإن الانسان (قل ما يشاهد حاله) أى حال الموت (غير الواحد إذ الانسان يهابه) أي الموت (و يكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج و لا كذلك النسب و النكاح) فإن فيهما لا بد من عدلين و قال شيخي العلاء رحمه الله و ههنا مسألة عجيبة لا رواية بها و هو أن الموت إذا لم يعاينه إلا واحد فلو شهد عند القاضي لا يقضى بشهادته وحده ما ذا يصنع؟ قالوا يخبر بذلك عدلاً مثله فإذا سمع منه حل له أن يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما و لو شهد واحد بالموت و آخر بالحياة فامرأته تأخذ بقول من يخبر بالموت لأنه يثبت العارض ذكره رشيد الدينّ في فتاواه و ذكر فيه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفاً بأن كان عالماً أو من العمال أما إذا كان تاجراً أو من هو مثله لا تجوز إلا بالمعاينة (و ينبغي أن يطلق اداء الشهادة) هذا بيان لكيفية الأداء قوله أن يطلق أي يقول أشهدُ أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر و عمر رضي الله عنهما ابنا أبي قحافة و الخطاب

(١) واحد عدل و لو أنثى و هو المختار ملتقى و فتح و قيده شارح الوهبانية بأن لا يكون المخبر منهما كوارث و موصى له كذا فى الدرالمختار.

و لا يفسر أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل (١) شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق (٢) للشهادة ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا و كذا لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضياً و كذا إذا رأى رجلاً و امرأة يسكنان بيتاً و ينبسط

و لم يشاهد شيئاً من ذلك (و لايفسر أما (٣) إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الاملاك مطلق (٤) للشهادة ثم إذا فسر) بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده (لا تقبل كذا هذا) لأنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه فتكون الشهادة منه عن علم و لا كذلك إذا فسر و يقول سمعت كذا (و كذا) أي الحكم (لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضياً و كذا إذا (٥) رأى رجلا و امرأة يسكنان بيتاً و ينبسط

(١) لم يقبل ن لم تقبل. (٢) مطلق للشهادة ن تطلق الشهادة. (٣) أما إذ افسر الخ و في البحر: و استثنى العمادىّ في الفصول الوقف فلو شهدا به و قالا نشهد بالتسامع تقبل لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة و تاريخ الوقف مائة سنةً فيتيقن القاضي أنه يشهد بالتسامع فالافصاح كالسكوت إليه أشار ظهير الدين المرغينانيّ اه و في المنحة على البحر: قوله: (و استثنى العمادىّ في الفصول الوقف الخ) أفتى العلامة ملا علي التركماني بعدم القبول مستنداً إلى إطلاق عبارة الكنز و الزيلعي و العيني و الوقاية و النقاية و المختار و الاختيار ثم قال: و في الخيرية من الشهادة و الشهادة على الوقف بالسماع أن يقول الشاهد أشهد به لأني سمعت من الناس أو بسبب أني سمعت من الناس و نحوه و فيه خلاف فالمتون قاطبة قد أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر أنه يشهد بالسماع لا تقبل و به صرح قاضيخان و كثير من علمائنا و عبارة قاضيخان: ولو قالوا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم اه قلت: و عبارة الخانية: إذا شهد الشهود بما تجوز به الشهادة بالسماع و قالوا شهدنا بذلك لأنا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم انتهت ثم نقل نحوه عن فتاوى شيخ الإسلام علي أفندي التركية و عربها ثم قال: فتحرر من النقول المعتبرة أن الشاهد في أصل الوقف إذا فسر انه يشهد بالتسامع لا تقبل شهادته كما هو صريح المتون المتقدمة التي تمشي غالباً على ظاهر الرواية و به صرح كثير من أصحابنا كما تقدم نقله عن الخيرية وما في التنوير تبعاً للدرر مستنداً في الدرر لما في العمادية و في التنوير إلى الخلاصة قائلاً: و هو الأصح فذاك قول مخالف لما عليه المتون و كثير من أصحابنا على أنا نقابل ما في العمادية و الخلاصة بما في الخانية من عدم قبوله لأن قاضيخان فقيه النفس كما صرح به في البحر من باب العيب و أنه يقتصر على الأشهر فكان المعتمد و صرحوا بأن قاضيخان من أجل من يعتمد على تصحيحاته و يكفينا أنه ظاهر الرواية و ليس هذا في الوقف خاصة بل في جميع المواضع التي يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع و أنت على علم بأن ما في المتون و الشروح مقدم على ما في الفتاوى و إنما أكثرت النقل في المسألة للا ختلاف فيها لمحرره علي بن محمد التركماني غفر الله لهما و للمؤمنين اه ذكره في مجموعته الفقهية الكبرى و من خطه نقلت. (٤) مطلق اسم فاعل من الإطلاق أى مجوز.
(٥) إذا رأى الخ لم يشترط المصنفّ مع رؤية دخوله إلي آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته و كذا القضاء و ذكره غيره و هو الحق كذا في فتح القدير و أقره ابن نجيمٌ في البحر.

كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عيناً في يد غيره و من شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع في الولاء و الوقف و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة و السلام الولاء لحمة كلحمة النسب و عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الأعصار إلا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك و لا بد فيه من المعاينة

كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج) جازله أن يشهد بأنها امرأته (كما إذا رأى عيناً في يد غيره) جاز له أن يشهد له به (و من شهد انه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله) لأنه لا يدفن إلا الميت و لا يصلى إلا عليه (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) يعني قصر اعتبار التسامع في كتاب القدوري (على هذه الاشياء الخمسة) في قوله إلا النسب و الموت و النكاح و الدخول و ولاية القاضي (ينفي اعتبار التسامع في الولاء و الوقف) قوله ينفي خبر لقوله قصر الاستثناء و هو مرفوع على الابتداء مصدر مضاف إلى مفعوله حاصل المعنى لا تجوز الشهادة بالتسامع في الولاء و الوقف و في شرح الاقطع قال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لا تجوز الشهادة بالولاء إلا أن يسمعا هكذا ذكر في الأصل في رواية حفص رحمه الله تعالى و هوقول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول ثم رجع و قال إذا شهدوا على ولاء مشهور جاز و هو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله تعالى و هو معنى قوله (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب) و به قال (٢) مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و بعض اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (لقوله ﷺ الولاء (٣) لحمة كلحمة النسب) و الشهادة على النسب جائزة بالتسامع فكذا على الولاء ألا ترى انا نشهد أن قنبر مولى علي رضي الله عنه و أن عكرمة مولى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و إن لم ندرك ذلك (و عن محمد رحمه الله تعالى أنه) أى التسامع أي الشهادة به (يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار) و به قال (١) احمد و الاصطخري من أصحاب الشافعي (إلا انا نقول) جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله تعالى (الولاء يبتنى على زوال الملك) أى ملك اليمين (و لا بد فيه من المعاينة) لانه

---

(٢) و به قال مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى المغنى ص٢٤ ج١٢ و شرح الوجيز ص٦٨ ج١٣. (٣) الولاء الخ رواه الدارمى فى الفرائض باب بيع الولاء ص٤٩٠ ج٢.

فكذا فيما يبتنى عليه و أما الوقف فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر قال

يحصل بكلام يسمعه الناس (فكذا فيما يبتنى عليه) أي فكذا لا بد من المعاينة فيما يبتنى على زوال الملك و هو الولاء و ذكر شمس الأئمة السرخسي أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع و في ادب القاضي للشهيد عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضاً فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى تجوز بالتسامع خلافا لهما و هو قول (٢) مالك و احمد رحمهما الله تعالى و قول للشافعي رحمه الله تعالى ثم الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند ابي يوسف رحمه الله تعالى شرطا لم يذكره محمد رحمه الله تعالى في المبسوط فقال إنما تقبل إذا كان العتق مشهوراً و للمعتق ابوان أو ثلاثة في الإسلام (و اما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لان أصله هو الذي يشتهر) و شرائطه (٣) لا تشتهر و اليه مال شمس الائمة السرخسي و هو الاصح و في شرح الاقطع و لا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة و قال محمد رحمه الله تعالى تجوز و هو احد قولي الشافعي و به قال احمد و قال المرغيناني لا بد من بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة او ما اشبهه حتي لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته و في المجتبى (٤) و المختار ان تقبل على شرائط الوقف ايضاً (قال) أي

---

(١) و به قال احمد الخ كذا فى المغنى ص٢٣ ج١٢ و شرح الوجيز ص٦٧ ج١٣. (٢) و هو قول مالك رحمه الله تعالى الخ كذا فى فتح القدير ص٤٦٩ ج٦ و المغنى و شرح الوجيز. (٣) شرائطه: و فى فتح القدير: و ليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا و كذا و الباقي كذا و كذا و فى البحر معزيا إلى الفصول العمادية من العاشر: المختار أن لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف اه و فى الخانية فى أواخر فصل دعوى الوقف من كتاب الوقف ما يوافق هذا و كذا فى الإسعاف اه و فى المنحة على البحر: قوله (و كذا فى الإسعاف) قال الرملي: وقع فى عبارة الإسعاف ما لفظه: و أما الشهادة على شرائطه و جهاته فذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا تجوز الشهادة على الشرائط و الجهات بالتسامع و هكذا قاله الشيخ الامام الاستاذ ظهير الدين اه أقول: و المراد بقوله "و جهاته" أى بعد استقرار الوقف على جهة لو حصل التنازع فيها بمجردها لا تقبل بالسماع فافهم و الله تعالى أعلم. (٤) و فى المجتبى الخ و اعتمده فى المعراج و قواه فى فتح القدير بقوله: و أنت إذا عرفت قولهم فى الأوقاف التى انقطع ثبوتها و لم يعرف لها شرائط و مصارف أنه يسلك ما كانت عليه فى دواوين القضاء لم تقف عن تحسين ما فى المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه و جوابه أنه إنما عمل فيها بذلك عند الضرورة و المدعى أعم كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: قوله: (عند الضرورة) أى ضرورة انقطاع الثبوت بموت الشهود و المدعى أعم لكن لا يخفى أنه عند حياة الشهود على شرائط الوقف لا حاجة إلى الشهادة بالتسامع و إنما يحتاج إليها عند موتهم فكان فيه ضرورة.

و من كان في يده شيء سوى العبد و الأمة وسعك أن تشهد أنه له لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفي بها

محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من كان في يده شيء سوى العبد و الامة وسعك ان تشهد انه له) و في جامع قاضي خان صورة المسألة رجل رأى عيناً في يد إنسان ثم رآها في يد الآخر و الاول يدعي الملك وسعه ان يشهد بأنه للمدعي لأن الملك في الاشياء لا يعرف بطريق التعيين و إنما يعرف بطريق الظاهر و اليد بلا منازع دليل الملك ظاهراً بل لا دليل لمعرفة الملك للشاهد سوى اليد بلا منازعة (لان (١) اليد اقصى ما يستدل به على الملك إذ هي) أي اليد (مرجع الدلالة في الاسباب كلها) من الشراء و الهبة و نحو ذلك (فيكتفي (٢) بها) أي باليد فجاز للشاهد أن يشهد بدلالة اليد على الملك و لكن لا يقول عند الشهادة أشهد بأنه ملكه لاني رأيته في يده لان الظاهر هو يكفي لاداء الشهادة ما لا يكفي للقضاء إلا في العبد و الامة إذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما لانهما في يد انفسهما فلا يكون مجرد استعمالهما دليل الملك لان الحر قد يخدم الحر

(١) لأن اليد إلى قوله فى الأسباب كلها أقول قال فى الكافى لأن أقصى ما فى الباب أنه يعاين أسباب الملك من البيع و الهبة و نحوهما لكن البيع انما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكا للبائع و كذا الهبة و انما يعرف كون المبيع ملكا للبائع و الموهوب ملكا للواهب بيده بلا منازعة انتهى فان قيل بل يعرف كونها ملكا بتصرف ذى اليد بيعا و هبة لا بمجرد اليد قلنا لا تصرف فى صورة الإرث و هو يكفينا فى نفى قول الشافعى رحمه الله تعالى كذا فى السعدية. (٢) فيكتفى بها أقول قال العلامة النسفيّ فى الكافى و ينبغى أن لا يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر فى التسامع لأن معاينة اليد فى الأملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجب و القاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى و فيه بحث لم لا يجوز أن يكون كالقضاء بشهادة الفاسق كما سبق فتأمل و القول الفصل و الكلام الجزل فى شرح الكنز للزيلعيّ و عبارة الكنز و ان فسر للقاضى أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا يقبل انتهى و عبارة الزيلعيّ أى فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته فى يده فى موضع يجوز له الشهادة برؤيته فى يده لا تقبل شهادته لأن التسامع أو الرؤية فى اليد مجوز للشهادة و القاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان و مشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة أما إذا كانت عن تسامع أو رؤية فى يده فلا يجوز أن يحكم بها ألا يرى أنه لا يجوز أن يحكم بسماع نفسه و لو تواتر عنده و لا برؤية نفسه فى يد انسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره و هذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة و فيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغى أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به إلا أنا إستحسنا فى المواضع التى تقدم ذكرها للضرورة التى ذكرناها و بقى القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم فان فيه نفعا فى هذا المقام حيث ينجلى بها ظلمات الأوهام قال فى النهاية ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضى أيضا القضاء به حتى أن القاضى لو عاين يده فى حال قضائه يحل له أن يقضى كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى و لا تتوهمن المخالفة بين ما ذكره الزيلعيّ و ما فى النهاية فان ما فى شرح الكنز هو ما إذا رأى القاضى قبل حال القضاء ثم رأى حال قضائه فى يد غيره كما لا يخفى كذا فى السعدية.

و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا و يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق و قال الشافعيّ دليل الملك اليد مع التصرف و به قال بعض مشايخناً لان اليد متنوعة إلى أمانة و ملك قلنا و التصرف يتنوع أيضاً إلى نيابة و إصالة ثم المسألة على وجوه إن عاين المالك و الملك حل له أن يشهد

إعارة أو إجارة كأنه عبد و هو إذا كان لا يعرف انهما رقيقان أما إذا عرفا انهما رقيقان فتجوز الشهادة لان العبد و الامة لا يد لهما على انفسهما و كذا تجوز الشهادة إذا كانا صغيرين لا يعبران عن انفسهما و ان لم يعرفا انهما رقيقان بهذا المعنى (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يشترط مع ذلك) أي مع رؤية اليد و التصرف (أن يقع في قلبه انه له) أي ان هذا الشيء لمن في يده و في الفوائد الظهيرية اسند هذا القول إلى أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى فقال و عنهما و وجهه ان الاصل في الشهادة الاحاطة و اليقين لقوله عليه الصلاة و السلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد و إلا فدع و عند إعواز ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب و لهذا قيل إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه ان يشهد بالملك له (قالوا) أى المشايخ (و يحتمل ان يكون هذا) أي ما ذكر من شهادة القلب (تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله تعالى في الرواية فيكون شرطا على الاتفاق) و هوقوله وسعك أن تشهد انه له و ذكر الصدر الشهيدّ في ادب القاضي و يحتمل ان يكون قوله قول الكل و به نأخذ (و قال الشافعيّ دليل الملك اليد مع التصرف) أي التصرف مدة طويلة و به قال مالك و أبو حامد الحنبلي رحمهما الله تعالى (و به قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى) و هو الخصافّ (لان اليد متنوعة إلى امانة و ملك) وكذا إلى ضمان الانابة كالوكيل و المضارب (قلنا و التصرف يتنوع أيضا إلى نيابة و اصالة) فضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم و عند احمدّ و الاصطخري من اصحاب الشافعيّ يجوز أن يشهد في الكل بالاستفاضة لانه موجب للعلم الظاهر و عند مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى في الاصح لا يجوز لاحتمال انه اشتهر لرجل و يكون لغيره و هو كثير فلا يفيد علماً (ثم المسألة على وجوه) أي هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة العقلية. الأول هو قوله (إن عاين المالك و الملك) جميعاً فحينئذ (حل له ان يشهد) لان شهادته عن علم و بصيرة لانه عرف المالك بوجهه و اسمه و نسبه و عرف الملك بحدوده و حقوقه و رآه في يده.

و كذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحساناً لان النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته و إن لم يعاينهما أو عاين المالك دون الملك لا يحل له و أما العبد و الأمة فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه و إن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لانه لا يدلهما و إن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يداً على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما

الثاني هو قوله (و كذا إذا عاين الملك بحدوده) ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني و لم يعاينه بوجهه و لم يعرفه بنسبه و هو معنى قوله (دون المالك) يجوز ان يشهد (استحساناً) و القياس أن لا تجوز لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له و جهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له و وجه الاستحسان هو قوله (لان النسب) أي نسب المالك (يثبت بالتسامع) و الشهرة (فيحصل معرفته) أى معرفة المالك فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز و لا تخرج كان اعتبار مشاهدتها و تصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها و لا يجوز ذلك و عورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال و هي باطلة و أجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان و التسامع (١) إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً و هو مقبول فيه كما تقدم و فى ضمن ذلك يثبت المال و الاعتبار للمتضمن. الثالث هو قوله (و إن لم يعاينهما) أي و إن لم يعاين الملك و المالك جميعاً بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة فى بلد كذا حدودها كذا و كذا لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة. الرابع هو قوله (أو عاين المالك دون الملك) فكذلك لا يشهد بجهالة المشهود به و قوله (لا يحل له) جواب الوجهين الاخيرين (و أما العبد و الأمة) مردود إلى قوله سوى العبد و الأمة تقريره إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص (فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك) أي حل للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك (لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه) بل يكون في يد المستولي عليه (و إن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك) يعني يحل له أن يشهد (لأنه لا يد لهما) أي للصغيرين (و إن كانا) أي العبد و الأمة (كبيرين (٢) فذلك مصرف الاستثناء) بقوله سوى العبد و الأمة (لأن لهما يداً على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما

---

(١) و التسامع الخ أقول لأن الشاهد إذا سمع أن هذا الملك المحدود منسوب إلى فلان بن فلان فان الذى يستفيده أولاً من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب إليه و علمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك إليه انما هو فى المرتبة الثانية إذ لا تعرف النسبة إلا بعد معرفة المنتسبين كذا فى السعدية. (٢) كبيرين أقول أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أم لا كما فى العناية.

فانعدم دليل الملك و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب و الفرق ما بيناه و الله اعلم.

باب من تقبل شهادته و من لا تقبل

قال و لا يقبل شهادة الأعمى و قال زفرؒ و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه إلى السماع و لا خلل فيه

فانعدم دليل الملك) حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز و يصنع به المقر له ما يصنع بملوكه و أعترض بأن الاعتبار في الحرية و الرق لو كانا لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعى رقهما و أجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر و إنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يحل له أن يشهد فيهما) أي في الكبيرين (أيضا اعتباراً بالثياب) و الدواب لدلالة اليد على الملك (و الفرق ما بيناه) و هو قوله لأن لهما يداً على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما بخلاف الثياب و الدواب لأنه لا يد لها على أنفسها (و الله أعلم).

(باب من تقبل شهادته و من لا تقبل)

أي هذا باب في بيان من تقبل شهادته و من لا تقبل و لما فرغ عن بيان ما تسمع فيه الشهادة و ما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة و من لا تسمع الا أنه قدم الأول لأن المحال شروط و الشرط مقدم كالطهارة و أصل رد الشهادة و مبناه التهمة قال ﷺ لا شهادة لمتهم و هي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق و قد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة يتهم بها بإيثار المشهود له على المشهود عليه كالولادة و قد تكون لخلل في اداة التمييز كالعمى و قد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي و هو المحدود في القذف بعد التوبة عندنا و قبل التوبة عند الشافعي رحمه الله تعالى (قال) أي القدوريؒ (و لا يقبل شهادة الأعمى و قال زفرؒ و هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقبل فيما يجري فيه التسامع) كالنسب و الموت (لأن الحاجة فيه إلى السماع و لا خلل فيه) أي في السماع و به (١) قال الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و هو قول

---

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ قال الحافظ العيني في عمدة القارى ص٢٢١ ج١٣. قال ابن حزم شهادة الأعمى مقبولة كالصحيح روى ذلك عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و صح عن الزهرى و عطاء و القاسم و الشعبى و شريح و ابن سيرين و الحكم بن عتيبة و ربيعة و يحيى بن سعيد الأنصارى و ابن جريج و أحد قولى الحسن و أحد قولى إياس بن معاوية و أحد قولى ابن أبى ليلى و هو قول مالك و الليث و احمد و اسحاق و أبى سليمان و أصحابنا رحمهم الله تعالى و قالت طائفة تجوز شهادته فيما عرف قبل العمى و لا تجوز فيما =>

....

النخعي و الثوري و الحسن البصري و سعيد بن جبير و عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما تقبل

=> عرف بعد العمي و هو أحد قولي الحسن و أحد قولي ابن أبي ليلي و هو قول أبي يوسف و الشافعي و أصحابه رحمهم الله تعالى و قالت طائفة تجوز فى الشئ اليسير روى ذلك عن النخعيّ و قالت طائفة لا تقبل فى شئ أصلا إلا فى الأنساب و هو قول زفرّ و عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل فى شئ أصلا و فى التوضيح: فحصلنا فيه على ستة مذاهب المنع المطلق و الجواز المطلق و الجواز فيما طريقه الصوت دون البصر و الفرق بين ما علمه قبل و بين ما علمه بعد و الجواز فى اليسير و الجواز فى الأنساب خاصة اه و قال المحدث العثمانيّ فى الاعلاء ص ١٧٦ ج ١٥ مستدلا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى و الأوجه الاستدلال بقوله تعالى: ﴿و استشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ لأن الشهاة و الاستشهاد و الشهيد مأخوذ من المشاهدة و لا مشاهدة للأعمى فلا تقبل شهادته سواء كان أعمى عند التحمل أو عند الأداء أو عند القضاء أما عند التحمل و الأداء فظاهر و أما عند القضاء فلأن الشهادة إنما يقر شهادة بالقضاء فوجب أن يبق الأهلية إلى ذلك الوقت قال العبد الضعيف: و لقائل أن يقول: إن شهادة الأعمى إنما أجازها من أجازها فى الأقوال فقط دون الأفعال و مشاهدة الأقوال إنما تكون بالسماع دون البصر و الأعمى يعرف الصوت كما يعرف البصير الصورة فينبغي أن تقبل شهادته إذا تيقن الصوت و جواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور و ملاك الأمر فى الشهادة إنما هو غلبة الظن دون اليقين ألا ترى أنه يجوز الشهادة بالنسب و الموت و النكاح و الدخول بالتسامع؟ و من كان فى يده شيء سوى العبد و الأمة وسعك أن تشهد أنه له و الأعمى إذا تيقن الصوت يحصل له غلبة الظن حتما و من هنا جاز له وطأ امرأته إذا عرفها بصوتها و سيأتى الجواب عن ذلك فانتظر و قال البخارى بجواز شهادته و استدل له بأحاديث: منها أنه ﷺ عرف عبادا بصوته و كذا عائشة عرفته به و وجه الاستدلال به أنه كما عرفه ﷺ هو و عائشة بصوته من غير أن يرياه كذلك يمكن للأعمى المعرفة بالصوت و الشهادة به و هو استدلال غير صحيح لأنا لا ننكر حصول المعرفة بالصوت و لكنا نقول: إن كل معرفة لا يكفى للشهادة بل لا بد فيه من المشاهدة و منها: أن ابن أم مكتوم كان لا يؤذن حتى يقول له الناس: أصبحت و وجه الاستدلال به أن ابن أم مكتوم كان يعرف الصبح بقول الناس ثم يؤذن و كان هذا التأذين شهادة منه بطلوع الصبح و يقبلها رسول الله ﷺ وغيره و يقاس عليه غيره و الجواب عنه أن هذا من جملة الأخبار لا من قبيل الشهادة المتنازع فيها و ليس كل من يقبل خبره يقبل شهادته لأن الشهادة تبتنى على المشاهدة و ليس الخبر كذلك ثم الشهادة من باب الإلزام و الخبر ليس كذلك ثم الشهادة يشترط فيها أن تكون عند القاضي و الخبر ليس كذلك ثم الشهادة متعلق بما يدخل تحت القضاء و الخبر ليس كذلك ثم الشهادة يشترط فيه لفظ: أشهد بخلاف الخبر فلما ظهر الفرق بينهما بطل القول بكون التأذين شهادة و قياس غيره عليه و منها: أن رسول الله ﷺ عرف مخرمة بصوته من غير رؤيته و وجه الاستدلال به و الجواب عنه ما مر. قال العبد الضعيف: و احتج البخارى أيضا بما علقه عن القاسم و الحسن و ابن سيرين و الزهرى و عطاء أنهم أجازوا شهادة الأعمى و كان ابن عباس يبعث رجلا إذا غابت الشمس أفطر و يسأل عن الفجر فإذا قيل: طلع صلى ركعتين و وجه التعلق به كونه يعتمد على خبر غيره مع أنه لا يرى شخصه و إنما سمع صوته و قال الزهرى: أرأيت ابن عباس لو شهد على شهادة أكنت ترده و احتجوا أيضا بجواز نكاح الأعمى زوجته و هو لا يعرفها إلا بصوتها (فدل أن الصوت فى الشرع قد أقيم مقام الشهادة فإن الإقدام على استباحة الفرج أعظم من الشهادة فى الحقوق قاله ابن القصار اه من العمدة للعينى (٦:٣٥٢) و قال الإسماعيلي: ليس فى أحاديث الباب دلالة على الجواز مطلقا لأن نكاح الأعمى يتعلق بنفسه لأنه فى زوجته =>

....

فيما طريقه السماع أيضاً و به قال مالك و أحمد رحمهم الله تعالى و اختاره المزنيّ و هو قول

=> و أمته و ليس لغير فيه مدخل و أما قصة عباد و مخرمة ففي شئ يتعلق بهما لا يتعلق بغيرهما و أما التأذين فقد قال في بقية الحديث: كان لا يؤذن حتى يقال له: أصبحت فالاعتماد على الجمع الذين يخبرونه بالوقت و كفى بخبر سيدنا رسول الله ﷺ شاهدا له أنه لا يؤذن حتى يصبح قال: و أما ما ذكره الزهرى فى حق ابن عباس فهو مجرد تهويل لا احتجاج تقوم به حجة لأن ابن عباس كان أفقه من أن يشهد فيما لا تجوز فيه شهادته فإنه لو شهد لأبيه أو ابنه أو مملوكه لما قبلت شهادته و قد أعاذه الله من ذلك اهـ من فتح البارى (٥:١٩٥) قلت: و هذا هو الجواب عن قول ابن حزم فى المحلى: و ما نعلم فى الضلالة بعد الشرك و الكبائر أكبر ممن دان الله برد شهادة جابر بن عبدالله و ابن أم مكتوم و ابن عباس و ابن عمر و نعوذ بالله من الخذلان اهـ (٩:٤٣٤) قلنا: و ما نعلم فى الضلالة بعد الشرك و الكبائر أكبر ممن دان الله بأن هؤلاء الأجلة يشهدون فيما لا تجوز فيه شهادتهم و هل نسى ابن حزم أن عمر رضى الله عنه جلد أبا بكرة و من معه حد القذف و رد شهادته فهل يدين الله برد شهادة هذا الصحابى و لا يدينه برد شهادة غيره من الصحابة إذا شهد فيما لا تجوز فيه شهادته؟ و هل هذا إلا مجرد تهويل تغريرا للعوام و تمويها بالباطل و نعوذ بالله من إساءة الأدب بقى الجواب عن قول القائل أن مشاهدة الأقوال إنما تكون بالسماع دون البصر و الأعمى يعرف الصوت و يسمعه كما يعرف البصير الصورة و يراها فنقول: إن آلة السماع إنما تفيد العلم بالقول دون القائل و لا بد فى الشهادة من معرفة القول مع القائل و الأعمى لا يشاهد القائل البتة و إنما يشاهد عليه بالاستدلال قال فى البدائع: إن الشرط هو السماع من الخصم (لا مجرد السماع) لأن الشهادة تقع له (أو عليه) و لا يعرف كونه خصما إلا بالرؤية لإن النغمات يشبه بعضها بعضا اهـ (٦:٢٦٦) فلا تصح شهادته ألا ترى أن الصوت قد يشبه الصوت و أن المتكلم قد يحاكى صوت غيره و نغمته حتى لا يغادر منها شيئا و لا يشك سامعه إذا كان بينه و بينه حجاب أنه المحكى صوته فغير جائز قبول شهادته على الصوت إذا لا يرجع منه إلى يقين بالقائل يبنى أمره على غالب الظن و الشاهد مأخوذ عليه بأن يأتى بلفظ الشهادة و لو عبر بلفظ غير لفظ الشهادة بان يقول: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته فعلمنا انهاحين كانت مخصوصة بهذا اللفظ هذا اللفظ يقتضى مشاهدة المشهود به و معاينته فلم تجز شهادة من خرج من هذا الحد و شهد عن غير معاينة قاله الجصاص فى الأحكام له (١:٤٩٨) و بهذا خرج الجواب عن قول القائل: إن ملاك الأمر فى الشهادة إنما هو غلبة الظن دون اليقين إلخ فهذا مما لا نقول به و لا نذهب إليه كيف و قد احتج أصحابنا بحديث ابن عباس مرفوعا: سئل النبى ﷺ عن الشهادة فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد أودع. و قالوا: إن الشهادة لا يجوز إلا على ما حضره الشاهد و شاهده و لم يشك فيه و أما جواز الشهادة بالنسب و الموت و النكاح و نحوه بالتسامع فمعناه جواز الشهادة بالخبر المستفيض فيما ليس شرط الشهادة فيه معاينة المشهود به لأنها أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس كولاية السلطان القاضى لا يحضرها إلا الخواص و إنما تحضر العامة جلوسه و تصديه للأحكام و الحاسم لمادة الشغب الإجماع على وجوب الشهادة بأن عائشة بنت أبى بكر رضى الله عنهما و أنها زوجة النبى ﷺ و أنه دخل بها و أن عليا رضى الله عنه ابن أبى طالب و عمر رضى الله عنه ابن الخطاب و أنهما كانا من أصحاب النبى ﷺ و خلفائه و أن شريحا كان قاضيا فالشهادة بالخبر المستفيض والمتواتر فى تلك الأمور بمنزلة الشهادة بالمعاينة بل فوقها و أما أن من كان فى يده شيء سوى الأمة و العبد وسعك أن تشهد أنه له فلأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها و لا دليل سواه لأن غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء و الهبة =>

....

الزهري و ربيعة و الليث و شريح و عطاء و ابن ابي ليلي رحمهم الله تعالي و كذا يقبل في الترجمة

=> و موت المورث و شيء من هذه الأسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الأول و لا دليل له سوى اليد بلا منازع فالشهادة بها ليس من الشهادة بالظن بل باليقين فافهم و أما قوله: إن جواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور فالجواب أن اشتباه الصور نادر لا عبرة بالنادر بخلاف اشتباه الأصوات فإن فيه كثرة و أيضا فهذا إنما يرد على من أجاز الشهادة حال الاشتباه في الصور و لم نقل بجوازه فلا يجوز لأحد أن يشهد على أحد بشيء عندنا ما لم يتقين بأنه هو الذى رآه و شاهده يفعل كذا أو يقول كذا فافهم و أما قول القائل: يجوز للأعمى إقدامه على وطأ امرأته إذا عرف صوتها فعلمنا أنه يقين ليس بشك إذ غير جائز لأحد الإقدام على الوطأ بالشك فالجواب أنه يجوز له الأقدام على وطيء امرأته بغالب الظن إذا شهد قلبه بصدق المخبر فمن زفت إليه امرأة و قيل له: هذه امرأتك و هو لا يعرفها من قبل يحل له وطؤها و كذلك جائز له قبول هدية الجارية بقول الرسول و يجوز له الإقدام على وطئها (و أما قول ابن حزم: لا يجوز لأحد وطأ من زفت عليه أول مرة حتى يوقن أنها التي تزوج بها فباطل بالمرة لأنه لا سبيل إلى التيقن بذلك غير الاعتماد على من يخبره بذلك من واحد أو اثنين و هو لا يفيد إلا غلبة الظن فإن قال بأنه لا بد في ذلك من شهادة جماعة عظيمة يستحيل العقل تواطأهم على الكذب فهذا ما لم يقل به أحد و لن يقول به إلا ظاهرى قد حرم الفقه و الدراية جملة كيف و قد قبل النبي ﷺ هدية المقوقس أرسلها على يد حاطب و فيها جارية مارية فقبلها اعتمادا على خبر الواحد و كذلك الصحابة كلهم و التابعون لم يقل أحد منهم أنه يشترط في قبول هدية الجارية شهادة جماعة عظيمة بأن فلانا أهداها إليه فافهم) و لو أخبره مخبر عن أحد بإقرار أو بيع أو قذف لما جاز له إقامة الشهادة على المخبر عنه لأن سبيل الشهادة اليقين و المشاهدة و سائر الأشياء التي ذكرها الخصم يجوز فيها استعمال غلبة الظن و قبول قول الواحد فليس ذلك إذا أصلا للشهادة اه من أحكام القرآن للجصاص (١: ٤٩٨) و قد روى عن على بن أبي طالب كرم الله تعالى وجهه: لا تقبل شهادة الأعمى رواه الأسود بن قيس عن أشياخ من قومه و رواه الحجاج بن أرطاة أيضا و الأسود بن قيس ثقة من التابعين صدوق عظيم الأمانة كما في التهذيب و الأشياخ من قومه لا يكونون إلا من التابعين الكبار و جهالة الراوى في القرون الفاضلة لا يضرنا لا سيما و له طريق أخرى من الحجاج بن أرطاة فقول ابن حزم في المحلى (٩: ٤٣٤): إنه لا يصح رد عليه و كم من حديث صحيح قد رده إذا خالف غرضه و كم من ضعيف قد احتج به إذا وافقه و أما قوله: و قد روى عن ابن عباس خلاف ذلك فسقط هذا القول اه قلنا: إن أراد به ما علقه البخارى في هذا الباب عن ابن عباس أنه كان يبعث رجلا إذا غابت الشمس أفطر و يسأل عن الفجر فإذا قيل: طلع صلى ركعتين اه فلا دلالة فيه على أن الأعمى يجوز له الشهادة بالسماع و غاية ما فيه أنه يجوز له الاعتماد على خبر الواحد في الديانات و لا نزاع فيه و إن كان أراد غيره فليأتنا ببيان و قال الجصاص في الأحكام له: و اختلف في شهادة الأعمى فقال أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى : لا تجوز شهادة الأعمى بحال و روى نحوه عن على بن أبي طالب رضى الله عنه و روى عمرو بن عبيد عن الحسن قال: لا تجوز شهادة الأعمى بحال و روى عن أشعث مثله إلا أنه قال: إلا أن تكون في شيء رآه قبل أن يذهب بصره، وروى ابن لهيعة عن أبي طعمة عن سعيد بن جبير قال: لا تجوز شهادة الأعمى.

عبد الرحمن بن سيما:

و حدثنا عبد الرحمن بن سيما (بغدادى وثقه الخطيب كما في اللسان (٣: ٤١٨) و لا يصح القول بأن الدارقطني =>

و قال أبو يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة و الأداء يختص بالقول و لسانه غير مؤف و التعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت و لنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له و المشهود عليه و لا يميز الأعمى إلا بالنغمة و فيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود و النسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود و القصاص و لو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى فإن (١) قيام الأهلية

عند الكل لأن العلم يحصل له فيها كالبصير إذ حصول العلم بالسماع و هو كالبصير في السماع و يعرف القائل بأسمه و نسبه (و قال أبو يوسف و الشافعي رحمهما الله تعالى يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة و الاداء يختص بالقول و لسانه غير مؤف) يعني لم تصبه آفة فقال ايف فلان على ما لم يسم فاعله أي أصابته آفة فهو مؤوف على مثال مصوف و الآفة العاهة (و التعريف) أي تعريف المشهود عليه (يحصل بالنسبة) بأن يقول أشهد على فلان بن فلان (كما في الشهادة على الميت) إذا شهد عليه بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر نسبته (و لنا ان الاداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له و المشهود عليه و لا يميز الأعمى إلا بالنغمة) أي الصوت (و فيه) أي و في النغمة بتأويل الصوت (شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود) فان بالشهود البصراء كثرة و فيهم غنية عن شهادة الأعمى (و النسبة لتعريف الغائب دون الحاضر) هذا جواب عن قوله و التعريف يحصل بالنسبة تقريره أن النسبة إنما تكون مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على أن هناك تقع الإشارة إلى وصي الميت و هو في ذلك قائم مقامه (فصار كالحدود و القصاص) يعني أن في الحدود و القصاص لا تقبل شهادته للشبهة فكذا هذا (و لو عمي بعد الاداء) أي و لو عمي الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها (يمتنع القضاء) يعني لم يجز الحكم بها (عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى لأن قيام الأهلية

=> ضعفه بمجرد تضعيفه سندا هو فيه و لم يستثنه فإن ضعف السند إنما يستلزم ضعف واحد منه فقط قاله الحافظ) قال: حدثنا عبد الله بن أحمد (هو ابن حنبل ﴿١﴾ ثني أبي ثني حجاج بن ﴿٢﴾ جبير بن حازم عن قتادة قال: شهد أعمى عند إياس بن معاوية على شهادة فقال له إياس: لا نرد شهادتك أن لا تكون عدلا و لكنك أعمى لا تبصر قال: فلم يقبلها اه (١: ٤٩٨). (١) فان –ن– لأن.

﴿١﴾ صرح به الجصاص فى أحكامه (١: ٥٠٩) ﴿٢﴾ لعل لفظة بن تضحيف عن لفظة عن فإن حجاج بن جبير لم نجده في شيوخ أحمد و إنما شيخه حجاج بن محمد و هو لا يروى عن قتادة إلا بواسطة.

للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده و قد بطلت و صار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ما توا أو غابوا لأن الأهلية بالموت قد انتهت و بالغيبة ما بطلت قال و لا المملوك

للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها) أي لصيرورة الشهادة (حجة عنده) أي عند القضا (و قد بطلت) أى ألأهلية و لا قيام لها بالعمى (و صار كما إذا خرس أو جن أو فسق) بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته و الامر الكلي في ذلك أن ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من ادائها القضاء و هذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فتمنع القضاء و العمى الطارئ بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء و عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء (بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الاهلية وقت القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء و تقرير الجواب أن الشهود إذا ماتوا أو غابوا لا يمتنع القضاء (لان الاهلية بالموت قد انتهت) و الشيء يتقرر بانتهائه (و بالغيبة ما بطلت) أي الشهادة (قال) أي القدوري (و لا المملوك) و هذا عطف على قوله شهادة الاعمى أي و لا تقبل شهادة المملوك و به (١) قال الشافعي رحمه الله تعالى و عن علي رضي الله عنه أنه قال أقبل شهادة

---

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ قال الامام البخاري في صحيحه باب شهادة الاماء و العبيد ص٣٦٣ ج١ و قال انس رضى الله تعالى عنه شهادة العبد جائزة إذا كان عدلا و أجازه شريح و زرارة بن اوفى رحمهما الله تعالى و قال ابن سيرين شهادته جائزة إلا العبد لسيده و أجازه الحسن و ابراهيم رحمهما الله تعالى فى الشئ التافه و قال شريح كلكم بنو عبيد و إماء اه قال الحافظ بدر الدين العيني في عمدة القارى ص٢٢٣ ج١٣ و للعلماء في شهادة العبد ثلاثة أقوال أحدها جوازها كالحر روى عن على رضى الله تعالى عنه كقول انس رضى الله تعالى عنه و شريح و به قال احمد و اسحاق و أبو ثور رحمهم الله تعالى و ثانيها جوازها في الشئ التافه روى عن الشعبى كقول الحسن و النخعي رحمهما الله تعالى و ثالثها لا يجوز في شئ أصلا روى عن عمر و ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و هو قول عطاء و مكحول و اليه ذهب الثورى و الأوزاعى و مالك و أبو حنيفة و الشافعى رحمهم الله تعالى اه و قال المحدث العثماني في الاعلاء ص١٨٣ ج١٥ و ذهب إلى القول الأول البخارى و استدل له بما رواه عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب قال: فجاء ت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبى ﷺ فأعرض عنى قال: فتنحيت فذكرت ذلك له قال: و كيف و قد زعمت أنها قد أرضعتكما؟ فنهاه عنها اه و لا حجة لهم فيه لأن قول الأمة ذلك كان من باب إخبار العدل لا من باب الشهادة و قول رسول الله ﷺ لعقبة كان من باب الفتوى لا من باب القضاء و مال ابن الهمام فى الفتح أيضا إلى هذا القول و قال: المعول عليه فى المنع عدم ولايته على نفسه و ما هو إلا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد و تمام تميزه و عدم ولايته على نفسه معارض يخصه من حق المولى لا لنقص فى عقله و لا خلل فى تحمله و ضبطه فلا مانع و الجواب عنه أن المعول عليه فى هذا الباب هو قوله تعالى: ﴿من رجالكم﴾ لأن الله تعالى أضاف الرجال إلى المخاطبين الذين خوطبوا بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ و هم الأحرار البالغون لأن العبيد لا يملكون عقود المداينات و لأنه قال الله تعالى: =>

....

العبيد بعضهم على بعض و لا أقبلها على حر و عن أنس رضي الله عنه أنه يقبل على الاحرار و العبيد و به قال عثمان البتي و اسحاق و احمد و داود رحمهم الله تعالى و عن الشعبي و النخعي رحمهما الله تعالى انهما قالا تقبل في القليل دون الكثير و لا تقبل شهادة الصبيان عندنا و به (١) قال الشافعي

=> ﴿و ليملل الذى عليه الحق﴾ و فحوى الخطاب يدل على أن المراد من يصح منه الإقرار على الإطلاق و العبد ليس كذلك لأنه لا يصح منه الإقرار بدون إذن المولى ثم قوله تعالى: ﴿من رجالكم﴾ يدل بفحواه على أن المخاطبين به هم الأحرار كقوله تعالى: ﴿و أنكحوا الأيامى منكم﴾ و فسره أيضا مجاهد بالأحرار كذا قال الجصاص فى أحكام القرآن و استنبط أيضا هذا المعنى من آيات أخرى و عدم الولاية هو لنقصان الأهلية فى نفسها لا لحق المولى فقط و لو سلم أنه لحق المولى فخروجه عن أهلية الشهادة أيضا لحق المولى لأن الشهداء مأمورون بأداء الشهادة عند الطلب و فيه إضاعة حق المولى و أيضا الشهود مغرمون بما أتلفوا على الناس بشهادتهم و فيه إضاعة حق المولى و لا نسلم أن كل من هو عدل كامل العقل و تام الضبط و صحيح التحمل و صحيح الأداء أهل للشهادة لأنه لا بد فيه من أهلية الإلزام أيضاً و هى الأصل فى الباب و هى ليست فى العبد سواء كان هذا لنقصان أهليته فى نفسها أو لحق المولى فاندفع ما قال ابن الهمام رحمه الله تعالى و قال فى البدائع: و منها أى من شرائط الشهادة الحرية فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى: ﴿ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء﴾ (و معلوم أنه لم يرد نفى القدرة رأسا لأن الرق و الحرية لا تختلف بهما القدرة العزفية فدل أن مراده نفى حكم أقواله و عقوده و تصرفه و ملكه و قد روى عن ابن عباس أنه استدل بهذه الآية على أن العبد لا يملك الطلاق و لولا احتمال اللفظ لذلك لما تأوله ابن عباس عليه فدل على أن شهادة العبد كلا شهادة كعقده و إقراره و سائر تصرفاته التى هى من جهة القول فلما كانت الشهادة قوله و جب أن ينتفى وجوب حكمه) فلا يقدر على أدائها بظاهر الآية الكريمة و لأن الشهادة تجرى مجرى الولايات و التمليكات أما معنى الولاية فلأن فيه تنفيذ القول على الغير و أنه من باب الولاية و أما معنى التمليك فإن الحاكم يملك الحكم بالشهادة فكان الشاهد ملكه الحكم و العبد لا ولاية له على غيره و لا يملك اه (٦:٢٦٨) و أما قول الموفق: و قد يكون منهم أى من العبيد الأمراء و العلماء و الصالحون و الأتقياء كعبد العزيز بن صهيب و زياد بن أبى زياد مولى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و كان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره و يكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أحد العلماء الثقات و كثير من العلماء الموالى كانوا عبيدا أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق إلا الحرية و الحرية لا تغير طبعا و لا تحدث علما و لا مروءة اه (ص ٧١ ج ١٢) فمجرد تهويل لا إحتجاج فان الصبى المراهق إذا شهد قبل البلوغ ردت شهادته و لو شهد بعد البلوغ و إن كان قد احتلم فى اليوم الذى ردت فيه شهادته قبلناها و باليقين ندرى أن الاحتلام لم يغير طبعه و لم يحدث فيه علما و لا مروءة فى يومه ذلك و مع ذلك أجمعنا على أنه لم يكن أهلا للشهادة قبل البلوغ بساعة و صار أهلا لها بالبلوغ فى ساعة هذه فكذلك العبد يصير أهلا للشهادة لعتقه فى ساعة العتق فافهم فان الفقه من المواهب و من يؤت الحكمة فقد أوتى خيرا كثيرا. (١) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ أقول لا تقبل شهادة صبى لم يبلغ بحال يروى هذا عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و به قال القاسم و سالم و عطاء و مكحول و ابن أبى ليلى و الأوزاعى و الثورى و الشافعى و اسحاق و أبو عبيد و أبو ثور و أبو حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى كذا فى المغنى لابن قدامة الحنبلى ص ٢٧ ج ١٢ و روى ذلك عن عمر و عثمان رضى الله تعالى عنهما و الحسن البصرى و ابن سيرين و الزهرى رحمهم الله تعالى كما فى المحلى لابن حزم ص ٤٢١ ج ٩ و المذهب أن شهادة الصبيان لا تقبل فى شئ لأنهم =>

لأن الشهادة من باب الولاية و هو لا يلي نفسه فأولى أن لا يثبت (١) له الولاية على غيره و لا المحدود في القذف و إن تاب لقوله تعالى

و أحمد رحمهم الله تعالى و عامة العلماء و عن مالك رحمه الله تعالى تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لامر مباح قبل أن يتفرقوا و روى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنهما و عن أحمد رحمه الله تعالى رواية أيضاً و عن مالك رحمه الله تعالى أنه يقبل في كل شيء لإطلاق النصوص و العبد أو الصبي عدل قلنا الشهادة من باب الولاية و لا ولاية لهما على أنفسهما ففي غير هما أولى إلا أن يؤديا في الحربة و البلوغ ما تحملا قبلهما لانهما من أهل الولاية عند الاداء و به قال الشافعي و احمد رحمهما الله تعالى (لان الشهادة من باب الولاية) لانها تنفذ القول على الغير (و هو) أي العبد (لا يلي على نفسه فأولى أن لا يلي على غيره) و قال الخصاف في أدب القاضي حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثنا حفص بن غياث عن الحجاج عن عطاء عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال لا تجوز شهادة العبد (و لا المحدود في القذف و إن تاب) أي و لا تقبل ايضاً شهادة المحدود في القذف و قوله و إن تاب واصل بما قبله (لقوله (٢) تعالى

=> ليسوا من العدول و لا ممن يرضى من الشهداء و قال تعالى (و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه) فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم و الصبى لا يأثم فدل على أنه ليس بشاهد و لأن الصبى لا يخاف من مأثم الكذب فينزعه عنه و يمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله و من عادة الصبى إذا كان منه جناية أحالته بها على غيره خوفا من أن يؤاخذ بها كما هو معلوم مشاهد فكيف تجوز شهادة من هو غير مأخوذ بكذبه و ليس له حاجز يحجزه عن الكذب و لا حياء يردعه و لا مروءة تمنعه و قد يضرب الناس المثل بكذب الصبيان فيقولون هذا أكذب من الصبى و من ظن أنهم لا يعتمدون الكذب يمنعهم و هم يعرفون الكذب كما يعرفون الصدق إذا بلغوا الحد الذى يقومون فيه بمعنى الشهادة و قد يتعمدون الكذب لأسباب عارضة منها: خوفهم من أن تنسب إليهم الجناية أو قصدا للمشهود عليه بالمكروه و معان غير ذلك معلومة من أحوالهم و لما لم يجز أن يلحقهم ضمان بالرجوع دل على أنهم ليسوا من أهل الشهادة لأن كل من صحت شهادته لزمه الضمان عند الرجوع كذا فى أحكام القرآن للجصاص ص٤٩٧ ج١ و لأن من لا يقبل قوله على نفسه فى الإقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا أن الاقرار أوسع لأنه يقبل من الكافر و الفاسق و المرأة و لا تصح الشهادة منهم و لأن من لا تقبل شهادته فى المال لا تقبل فى الجراح كالفاسق و من لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون قاله الموفق فى المغنى ص٢٨ ج١٢. (١) لا يثبت له الولاية –ن– أن لا يلى. (٢) لقوله تعالى الخ و لنا أيضا احاديث منها ما رواه ابن أبي شيبة فى الأقضية (باب) من قال لا تجوز شهادته إذا تاب ص١٧٢ ج٦ حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى فرية اه و حجاج حسن الحديث فالحديث حسن هو مفسر جيد لما ورد فى بعض الروايات عن عبدالله ابن عمرو و عن عائشة رضى الله تعالى عنهما من إطلاق المحدود و فى بعضها بلفظ المحدود فى الاسلام فان الروايات يفسر بعضها بعضا لا سيما و قد اتفقوا على أنه ليس من المحدودين فى الاسلام من يسقط شهادته =>

....

....

=> بالحد غير المحدود في القذف و قال الحافظ العينيّ في العمدة ص ٢١٠ ج١٣ و لما أخرجه ابوداوُدّ سكت عنه و هذا دليل الصحة عنده اه و منها ما رواه ابو يعلىّ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما في حديث اللعان: فما لبثوا إلا يسيرا حتى جآء هلال بن أمية رضى الله تعالى عنه و هو أحد الثلاثة اللذين تيب عليهم فجآء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينيه و سمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح فغدا على رسول الله ﷺ فكره رسول الله ﷺ ما جآء به و اشتد عليه و اجتمعت الأنصار و قالوا: قد ابتلينا بما قال سعد بن عبادة رضى الله تعالى عنه الآن يضرب رسول الله ﷺ هلال بن أمية رضى الله تعالى عنه و يبطل شهادته في المسلمين فو الله إن رسول الله ﷺ ليريد أن يأمر بضربه إذ نزل على رسول الله ﷺ الوحى فنزلت: و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم الآية فذكر الحديث قلت حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما في الصحيح باختصار و رواه احمد رحمه الله تعالى و مداره على عباد بن منصور و هو ضعيف كذا في مجمع الزوائد ص١٣ ج٥ قلت كلا بل هو صدوق حسن الحديث قال يحيى القطانّ: ثقة لا ينبغى أن لا يترك حديثه لرأى أخطأ فيه يعنى القدر كذا في التقريب ص٩٦ و الخلاصة و هو من رجال الأربعة قد علق له البخاريّ و سكت عنه ابوداودّ في سننه فهو حسن الحديث صالح للاحتجاج به ولما رواه شاهد و منها ما أخرج الطبرانيّ من حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه: لما نزلت آية الرجم قال النبى ﷺ إن الله قد جعل لهن سبيلا الحديث و فيه: فقال أناس لسعد بن عبادة رضى الله تعالى عنه: يا أبا ثابت! قد نزلت الحدود أرأيت لو وجدت مع إمرأتك رجلا كيف كنت صانعا؟ قال: كنت ضاربه بالسيف حتى يسكنا فأنا أذهب و أجمع أربعة؟ فإلى ذلك قد قضى الخائب حاجته فأنطلق و أقول: رأيت فلانا فعل كذا و كذا فيجلدونى و لايقبلون لى شهادة أبدا فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: كفى بالسيف شاهدا ثم قال لولا أنى أخاف أن يتتابع فيها السكران و الغيران ذكره الحافظّ في الفتح فهو حسن أو صحيح على أصله و أخرجه ابن ماجةّ في الحدود باب الرجل يجد مع امرأته رجلا ص ١٩٠ من طريق سلمة بن المحبق و فيه الفضل بن دلهم ثقة أنكر عليه هذا الحديث من هذه الطريق و بقية رجاله ثقات اه من مجمع الزوائد ص٢٥٦ ج٦ قال العبد الضعيف و إنما أنكروه عليه لأنه رواه عن الحسن عن قبيصة عن سلمة بن المحبق و هو قد رواه قتادةّ وغيره عن الحسن عن حطان بن عبد الله الرقاشي عن عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه و صحح البخاريّ حديث حطانّ كما في التهذيب ص٢٧٧ ج٨ و قد رأيت أن الفضل بن دلهم قد وافق الجماعة مرة فرواه من طريق عبادة أيضا فلا وجه للإنكار و الحديث صحيح بلا غبار و هذا كما ترى أن قول الأنصار: ﴿الآن يضرب رسول الله ﷺ هلال بن أمية رضى الله تعالى عنه و يبطل شهادته في المسلمين﴾ في حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما و قول سعد بن عبادة رضى الله تعالى عنه: ﴿فيجلدونى و لا يقبلون لى شهادة أبدا﴾ في حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه دليل على ما قاله أصحابنا أن رد شهادة القاذف من تمام عقوبته وحده و ان ذلك كان معروفا عند الصحابة رضى الله تعالى عنهم و إلا لم يكن لذكرهم إياه مع الجلد معنى و ما كان من الحدود و لوازمها فانه لا يسقط بالتوبة ولهذا لو تاب القاذف لم تمنع توبته إقامة الحد عليه فكذلك شهادته ولنا أيضا أثر ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أخرجه ابن حزمّ في المحلى ص٤٣١ ج٦ قال ابن جريج عن عطاء الخراسانى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما شهادة القاذف لا تجوز و إن تاب و قال الحافظ العينيّ في العمدة ص٢٠٩ ج١٣ سند جيد اه فتدبر و تذكر و تشكر.

﴿و لا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ و لأنه من تمام الحد لكونه مانعاً فيبقى بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق و قد ارتفع بالتوبة و قال الشافعي رحمه الله تعالى تقبل إذا تاب لقوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا﴾ استثنى التائب

﴿و لا تقبلوا (١) لهم شهادة ابداً﴾) و جه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد و هو ما لا نهاية له و التنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما (ولأنه) يعني و لأن رد الشهادة (من تمام الحد لكونه) أي لكون تمام الحد (مانعاً) أي عن القذف لكونه زاجراً إلا أنه لم يؤلم عليه كالجلد يؤلم بدنه و لان المقصود من الحد دفع العار عن المقذوف و ذلك في إهدار قبول القاذف أظهر لانه بالقذف أذى قلبه فجزاؤه أن لا تقبل شهادته لانه فعل لسانه وفاقاً لحريمته فيكون من تمام الحد (فيبقى) أي الرد (بعد التوبة كأصله) أي كأصل الحد اعتباراً له بالاصل (بخلاف المحدود في غير القذف) هذا جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى ﴿و أولئك هم الفاسقون﴾ و الفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف فاجاب بقوله بخلاف المحدود في غير القذف نحو السرقة و الزنا و شرب الخمر حيث تقبل شهادته بعد التوبة (لان الرد) أي رد الشهادة (للفسق و قد ارتفع بالتوبة) و في المحدود في القذف الرد من تمام التوبة فظهر الفرق بينهما (و قال الشافعي رحمه الله تعالى تقبل) أي توبته (إذا تاب لقوله تعالى ﴿إلا الذين تابوا﴾ استثنى التائب) بيانه أن المانع من قبول شهادته الفسق و بالتوبة ارتفع الفسق فتقبل شهادته قياساً على المحدود في الزنا أو السرقة أو شرب الخمر إذا تاب فإن شهادته تقبل بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي و الأوزاعيّ فإن عندهما لا تقبل شهادة من حد في الإسلام بعد التوبة في قذف أو غيره كذا ذكر أبو بكر الرازيّ في شرح الطحاوي و بقول (١) الشافعي رحمه الله تعالى قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و اختلفوا في توبته فقال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى توبته إكذاب نفسه و به قال أحمد رحمه الله تعالى لما روي عن عمر رضى الله تعالى عنه قال توبة القاذف إكذابه نفسه بأن قال كان قذفي باطلاً

---

(١) و لا تقبلوا الآية النور: ٤. (١)و بقول الشافعي رحمه الله تعالى الخ قال الموفقّ في المغني ص٧٤ ج١٢ إن تاب القاذف لم يسقط عنه الحد و زال الفسق بلا خلاف و تقبل شهادته عندنا و روى ذلك عن عمر و أبي الدرداء و ابن عباس رضى الله تعالى عنهم و به قال عطاء و طاوس و مجاهد و الشعبي و الزهري و عبد الله بن عتبة وجعفر بن أبي ثابت و أبو الزناد و مالك و الشافعي و البتي و إسحاق و أبو عبيد و ابن المنذر و ذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد و ربيعة رحمهم الله تعالى. (٢)فقال الشافعي رحمه الله تعالى توبته الخ ظاهر كلام أحمد و الخرقي رحمهما الله تعالى أن توبة القاذف إكذاب نفسه فيقول كذبت فيما قلت و هذا منصوص الشافعي رحمه الله تعالى و اختيار الأصطخريّ من أصحابه قال ابن عبد البرّ و من قال هذا سعيد بن المسيب و عطاء و طاوس و الشعبي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور رحمهم الله تعالى لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر رضى الله تعالى عنه عن =>

قلنا الاستثناء ينصرف إلي ما يليه و هو قوله تعالي ﴿و أولئك هم الفاسقون﴾

و به قال ابن ابي هريرةؒ من أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى و هو رواية عن احمد رحمه الله تعالى و قال الاصطخري من اصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى توبته أن يقول كذبت فيما قلت و لا أعود إلي مثله و هل تعتبر مع التوبة إصلاح العمل فيه (١) قولان (قلنا الاستثناء ينصرف إلي ما يليه و هو قوله تعالى ﴿و أولئك هم الفاسقون﴾) يعني الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم لأن من جملته قوله تعالى ﴿فاجلدوهم﴾ و لا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم أن الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم بل إلى ما يليه و هو قوله تعاله ﴿و أولئك هم الفاسقون﴾ و ليس من رفع الفسق قبول الشهادة كالعبد العدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط عليه السلام ﴿إنا (٢) أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته﴾ إن الاستثناء راجع إلى المنجين لا إلى المهلكين و نقول أيضاً ان الاستثناء ينصرف إلى ما يليه و هو قوله ﴿و أولئك هم الفاسقون﴾ و هو ليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله طلبي و هو إخباري فإن قلت فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالي ﴿و بالوالدين (٣) إحساناً﴾ قلت يأباه ضمير الفصل فانه يفيد حصر أحد

=> النبي ﷺ انه قال في قوله تعالى: (إلا الذين تابوا من بعد ذلك و أصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته إكذاب نفسه و لأن عرض المقذوف تلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به و ذكر القاضيؒ أن القذف إن كان سبا فالتوبة منه إكذاب نفسه و ان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل و ان أعود إلى ما قلت و هذا قول بعض أصحاب الشافعيؒ قال و هو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب و الخبر محمول على الاقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب و الأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار و الاقرار ببطلان ما قاله و تحريمه و أنه لا يعود إلى مثله و ان لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة أو سب لأنه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب و وجه الأول ان الله تعالى سمى القاذف كاذبا إذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب في حكم الله و ان كان في نفس الأمر صادقا كذا في المغني ص٧٧ ج١٢. (١) فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى (إلا الذين تاوا من بعد ذلك و أصلحوا) و قيل لا لأن عمر رضى الله تعالى عنه قال لأبي بكرة رضى الله تعالى عنه تب أقبل شهادتك و أجيب بأن في ثبوته نظرا لأن راويه عمرو بن قيس و قد يجاب بأن أبا بكرة رضى الله تعالى عنه كان من العباد و حاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق إلا التوبة باكذاب نفسه كذا في فتح القدير ج٦ و في المغني لابن قدامة الحنبليؒ ص ٨٠ ج١٢ ظاهر كلام أحمد و الخرقي رحمهما الله تعالى أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة و صحة ولايته في النكاح إصلاح العمل و هو أحد القولين للشافعي رحمه الله تعالى و في القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا و لم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح و ما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته و يتبين فيها صلاحه و ذكر أبو الخطابؒ هذا رواية لأحمد رحمه الله تعالى اهـ. (٢)إنا ارسلنا الآيات. الحجر:٥٨، ٥٩، ٦٠. (٣)و بالوالدين إحسانا البقرة:٨٣.

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن و لو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد و بالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتمام حده برد شهادته بعد العتق

المسندين في الآخر و هو يؤكد الاخبارية (أو هو استثناء (١) منقطع بمعنى لكن) كما في قوله تعالى ﴿لا يسمعون (٢) فيها لغواً إلا سلاماً﴾ معناه و الله أعلم لكن سلاماً و هذا لأن من شرط الاستثناء كون المستثنى من جنس المستثنى منه و أن لايكون له خبر على حدة و هاهنا المستثنى هو الاسم و المستثنى منه الفعل فلا يكون من جنسه و له خبر على حدة ايضاً و الاستثناء المنقطع يعمل بطريق المعارضة و لا معارضة بين توبته و رد الشهادة و ليس من ضرورة كونه تائباً كونه مقبول الشهادة كالعبد التائب التقي و قولنا في هذا هو قول (٣) سعيد بن المسيب و الحسن و شريح و ابراهيم النخعي و سعيد بن جبير رحمهم الله تعالى و هكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما (و لو حد الكافر في قذف ثم أسلم قبلت شهادته ذكر هنا تفريعاً على ما تقدم صورته الذمي إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة و على أهل الإسلام جميعاً (لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد) أي رد شهادته لأجل قذفه كان من تتمة حده (و بالإسلام حدثت له شهادة أخرى) أي غير الأولى المردودة تتمة للحد (بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق) حيث لا تقبل شهادته عندنا و قالت الأئمة الثلاثة تقبل كما في الكافر (لأنه) أي لأن الشأن (لا شهادة للعبد أصلا) في حال رقه لا على المسلم و لا على الكافر (فتمام حده برد شهادته بعد العتق) لأنه لا بد في حد القذف من رد الشهادة و إنما حصلت له الشهادة بعد

(١) استثناء منقطع قال الحافظ العيني في العمدة ص ٢٠٧ ج ١٣ قوله تعالى (إلا الذين تابو) هذا استثناء منقطع لأن التائبين غير داخلين في صدر الكلام و هو قوله تعالى (و أولئك هم الفاسقون) إذ التوبة تجب ما قبلها من الذنوب فلا يكون التائب فاسقا و أما شهادته فلا تقبل أبدا عند الحنفية رحمهم الله تعالى لأن رد الشهادة من تتمة الحد لأنه يصلح جزاء فيكون مشاركا للأول في كونه حدا و قوله (و اولئك هم الفاسقون) لا يصلح جزاء لأنه ليس بخطاب للأئمة بل هو إخبار عن صفة قائمة بالقاذفين فلا يصلح أن يكون من تمام الحد لأنه كلام مبتدأ على سبيل الاستئناف منقطع عما قبله لعدم صحة عطفه على ما سبق لأن قوله (و اولئك هم الفاسقون) جملة اخبارية ليس بخطاب للأئمة و ما قبله جملة إنشائية خطاب للأئمة و كذا قوله (و لا تقبلوا) جملة إنشائية خطاب للأئمة فيصلح أن يكون عطفا على قوله (فاجلدوا) و الشافعي رحمه الله تعالى قطع قوله (و لا تقبلوا) عن قوله (فاجلدوا) مع دليل الاتصال و هو كونه جملة إنشائية صالحة للجزاء مفوضة إلى الأئمة مثل الأولى و واصل قوله (و اولئك هم الفاسقون) مع قيام دليل الانفصال و هو كونه جملة اسمية غير صالحة للجزاء اهـ. (٢) لا يسمعون الآية مريم: ٦٢. (٣) قول سعيد الخ كذا في فتح القدير أقول و به قال مكحول و عكرمة و الثوري و ابن سيرين رحمهم الله تعالى و راجع لتفصيل هذه الآثار إعلاء السنن ص ١٩٦ إلى ص ٢٠٤ ج ١٥.

قال و لا شهادة الوالد لولده و ولد ولده و لا شهادة الولد لأبويه و لأجداده و الأصل فيه قوله عليه الصلاة و السلام لا يقبل شهادة الولد لوالده و لا الوالد لولده و لا المرأة لزوجها و لا الزوج لامرأته و لا العبد لسيده و لا المولى لعبده و لا الأجير لمن

العتق فترد شهادته الآن تتميماً للحد و للكافر شهادة على جنسه فيترتب عليه حكم المسلمين باسلامه فتقبل شهادته فإن قيل يشكل بمن زنا في دار الحرب و هو مسلم ثم خرج إلى دار الإسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا فتوقف المؤثر في العبد و لم يتوقف في الزنا الجواب أن الزنا في دار الحرب لم يقع موجباً أصلاً لعدم ولاية الإمام و إقامة الحد للامام و أما قذف العبد موجب للحد و تمامه برد شهادته و قيل في قول المصنف بخلاف العبد إذا حد لم تقبل شهادته لا فائدة في ذكر الحد إذ لو لم يحد ثم اعتق و حد لم تقبل شهادته أيضاً و أجيب إنما ذكره لبيان الفرق بينه و بين الكافر أما الكافر لو قذف مسلماً ثم أسلم ثم حد لم تقبل شهادته و لو حد بعض الحد في حال كفره و بعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين و في الكافر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذه المسألة ثلاث روايات أحدها أنه لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد لأن ما دون الحد تعزير و هو لا يسقط الشهادة و الثانية إذا أقيم عليه الاكثر يقوم مقام الكل و الثالثة إذا ضرب سوطا سقطت شهادته و الله أعلم (قال) أي القدوري (و لا شهادة الوالد) أي و لا تقبل شهادة الوالد (لولده و ولد ولده و لا شهادة (١) الولد) أي و لا تقبل شهادة الولد (لأبويه و أجداده) قال الأترازي هذا الذي ذكره بالإجماع قلت عن (٢) أحمد رحمه الله تعالى تقبل شهادة الولد لوالده و عنه تقبل شهادة أحدهما للآخر و هو قول أبي ثور و المزني و داود و حكي في القديم عن الشافعي رحمه الله تعالى و ذكر صاحب النهاية و مالك رحمه الله تعالى يخالفنا فيه فيجوز شهادة الوالد لولده و شهادة الولد لوالده (و الأصل فيه) أي في رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض (قوله عليه الصلاة و السلام) أي قول النبي ﷺ (لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده و لا المرأة لزوجها و لا الزوج لأمرأته و لا العبد لسيده و لا المولى لعبده ولا الأجير لمن

(١) شهادة الولد الخ أطلق الولد فشمل الولد من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعن لأصوله أو هو له أو لفرعه لثبوته من وجه بدليل صحة دعوته منه و عدمها من غيره و تحرم مناكحته و وضع الزكاة فيه فأحكام البنوة ثابتة له إلا الإرث و النفقة من الطرفين كولد العاهر و لو باع أحد التوأمين و قد ولدا في ملكه و أعتقه المشترى فشهدا لبائعه تقبل فان ادعى الباقي ثبت نسبهما و انتقض البيع و العتق و القضاء و يرد ما قبض أو مثله إن هلك للاستناد لتحويل العقد و إن كان القضاء قصاصا في طرف أو نفس فأرشه عليه دون العاقلة و تمامه في تلخيص الجامع و لا تقبل شهادة ولد أم الولد المنفى من السيد و لا يعطيه الزكاة كولد الحرة المنفى باللعان كذا في المحيط البرهاني و في فتح القدير: تجوز شهادته لابنه رضاعا كذا في البحر. (٢) عن احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغنى ص ٦٥ ج ١٢.

استأجره و لأن المنافع بين الأولاد و الآباء متصلة و لهذا لا يجوز أداء (١) الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة قال و المراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه و نفعه نفع نفسه و هو معنى قوله عليه الصلاة و السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت

استأجره) قال (٢) مخرج الأحاديث هذا غريب لم يثبت عن النبي ﷺ ثم قال و قال في الخلاصة رواه الخصافؒ بإسناده عن النبي ﷺ قلت قال الخصافؒ في كتاب أدب القاضي حدثنا صالح (٣) بن زريقؒ و كان ثقة قال حدثنا مروان بن معاوية الفزارى عن يزيد بن زياد (٤) الشامي عن الزهري عن عروةؒ عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده و لا الولد لوالده و لا المرأة لزوجها و لا الزوج لامرأته و لا العبد لسيده و لا السيد لعبده و لا الشريك لشريكه و لا الأجير لمن استأجرها (و لأن المنافع بين الأولاد و الآباء متصلة) أي و لأن منافع الأملاك متصلة في قرابة الأولاد (و لهذا) أي و لاتصال المنافع فيهم (لا يجوز صرف الزكاة اليهم) فلوجاز شهادة الوالد لولده أو على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه فلم يجز و هو معنى قوله (فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه التهمة) و هو ظاهر (قال) أي المصنف رحمه الله (و المراد بالأجير) أي المذكور في الحديث المذكور (على ما قالوا) أي المشايخؒ (التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه و نفعه نفع نفسه) أي يعد نفع استاذه نفع نفسه و في الخلاصة (٥) و لا يجوز شهادة الاجير لأستاذه أراد به التلميذ الخاص و التلميذ الخاص الذي يأكل معه و في عياله وليس له أجرة معلومة أما الأجير المشترك إذا شهد للمستأجر تقبل و أما أجير الواحد و هو الذي استأجره مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل و قال أبو العباس الناطفيؒ في الاجناس يقبل شهادة الأجير ثم قال أبو العباسؒ هذا محمول على الأجير المشترك لأنه قد ذكر في نوادر ابن رستمؒ قال محمد رحمه الله تعالى لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة و إن كان أجير مشترك قبلت شهادته (و هو معنى قوله عليه الصلاة و السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت) أي

---

(١)أداء الزكاة. ن. صرف الزكاة. (٢)قال مخرج الأحاديث أى الحافظ الزيلعيؒ فى نصب الراية ص٨٢ ج٤.
(٣)صالح بن زريق هذا لم نرمن وثقه غير الخصافؒ كذا فى الإعلاء ص٢٢٣ ج١٥. (٤)يزيد بن زياد الشامى و فى التهذيب ص٣٢٩ ج١١ قال محمد بن عبد الله بن نمير: هو ليس بشي و قال أبو حاتمؒ: منكر الحديث و قال مرة: ذاهب الحديث و قال مرة: ضعيف الحديث كأن حديثه موضوع و قال البخاريؒ: منكر الحديث و قال الترمذيؒ: ضعيف فى الحديث و قال النسائيؒ: متروك الحديث. قلت: و قال ابن شاهينؒ فى الثقات: قال وكيعؒ كان رفعيا من أهل الشام فى الفقه و الصلاح. (٥)الخلاصة ص٦٠ ج٤.

لهم و قيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها و لا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر و قال الشافعي رحمه الله تعالى تقبل

التلميذ الخاص و هو المراد من القانع المذكور في الحديث (لهم) أى لأهل البيت و الحديث أخرجه (٤) أبو داؤدؒ في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رد شهادة الخائن و الخائنة و ذى الغمر على اخيه و رد شهادة القانع لأهل البيت و أجازها لغيرهم و قال أبوداؤدؒ و الغمر الحقد و الشحناء و أخرجه (١) الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها و قال حديث غريب و الغمر العداوة و قال ابو عبيدؒ في كتاب غريب الحديث الغمر العداوة و قال (٢) الجوهريؒ الغمر الحقد و الغل و هو بكسر الغين المعجمة و سكون الميم و في آخره راء مهملة و القانع التابع لأهل البيت كالخادم لهم و في المغرب المتعلم الذي يأكل في بيت استاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث (و قيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر) أي يستحق الأجرة (بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها) أي على الشهادة لأن شهادته عمل من أعماله و جميع اعماله للمستأجر في مدة الإجارة (قال) أي القدوري رحمه الله (و لا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى تقبل) و قال ابن أبي ليلى و الثوري و النخعي (٤) رحمهم الله لا تقبل

---

(٤) أخرجه أبوداؤدؒ فى القضاء باب من ترد شهادته ص ١٥١ ج٢ و قال الحافظؒ فى التلخيص ص١٩٨ ج٤ سنده قوى و قال العلامة الشوكانىؒ فى النيل ص٣٢٨ ج٨: هذا إسناد لا مطعن فيه و أخرجه عبد الرزاقؒ فى الشهادات باب لا يقبل متهم الخ ص٣١٩ ج٨ و البيهقىؒ فى الشهادات باب لا تقبل شهادة خائن الخ ص ٢٠٠ ج١٠ و الدارقطنىؒ فى الأقضية ص٢٤٣ ج٤ و ابن ماجةؒ فى الشهادات باب من لا تجوز شهادته ص ١٧٢ و فى سنده حجاج بن أرطاةؒ و هو حسن الحديث كما فى الاعلاء ص١٨٤ ج١٥. (١) أخرجه الترمذىؒ فى الشهادات ص٥٣ ج٢ و قال هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقى و يزيد يضعف فى الحديث و لا يعرف هذا الحديث من حديث الزهرىؒ إلا من حديثه اه و قال الحافظؒ فى التلخيص ص١٩٩ ج٤: قال أبو زرعةؒ فى العلل: منكر و ضعفه عبد الحق و ابن حزم و ابن الجوزى رحمهم الله تعالى و رواه الدار قطنى و البيهقى رحمهما الله تعالى من حديث عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنهما و فيه عبد الأعلى و هو ضعيف و شيخه يحيى بن سعيد الفارسي ضعيف اه. (٢) قال الجوهرىؒ فى الصحاح ص٧٧٣ ج٢. (٣) قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ قال الموفقؒ في المغنى ص٦٨ ج١٢. لا تقبل شهادة الزوج لامرأته و لا المرأة لزوجها و بهذا قال الشافعى و النخعى و مالك و إسحاق و أبو حنيفة رحمهم الله تعالى و أجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح و الحسن و الشافعى (فى الأصح) و أبو ثور رحمهم الله تعالى و عن احمد رحمه الله تعالى رواية أخرى كقولهم و قال الثورى و ابن أبى ليلى رحمهما الله تعالى تقبل شهادة الرجل لامرأته و لا تقبل شهادتها له اه ملخصا. (٤) النخعىؒ أقول صح عن النخعىؒ أنه لا يقبل أحد الزوجين للآخر كما فى المحلى ص٤١٥ ج٩.

لأن الأملاك بينهما متميزة و الأيدي متحيزة و لهذا يجري القصاص و الحبس بالدين بينهما و لا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس و لنا ما رويناه و لأن الانتفاع متصل عادة و هو المقصود فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً بخلاف شهادة الغريم لأنه

شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لوجوب نفقتها و تقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة (لأن الأملاك بينهما) أى بين الزوجين (متميزة) بحيث لا يتصرف احدهما في مال الآخر (و الأيدى متحيزة) أي مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الغير غير متعدية اليه إذ الزوجية قد تكون سبباً للنفاق و العداوة و قد تكون سبباً للميل و الإيثار (و لهذا) أي و لأجل تميز الأملاك بينهما و تحيز الأيدي (يجرى القصاص و الحبس بالدين بينهما) أي بين الزوجين يعني يقتص من احدهما للآخر و يحبس أحدهما بدين الآخر و كل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين و أولاد العم (و لا معتبر بما فيه من النفع) أي لا معتبر بما في قبول شهادة احدهما لصاحبه من النفع الحاصل منه للشاهد لأن كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه يعني لا يتهم الشاهد بهذا العذر من النفع (لثبوته ضمناً) أي لثبوت هذا النفع من حيث الضمن في الشهادة و ليس بقصدي فلا يعتبر (كما في الغريم) و هو رب الدين (إذا شهد لمديونه المفلس) حيث تقبل شهادته و إن كان له فيه نفع لأن النفع حصل ضمناً لا قصداً (و لنا ما رويناه) أراد به الحديث الذي ذكره الآن لأن فيه و لا المرأة لزوجها و لا الزوج لامرأته (و لأن الانتفاع متصل) بينهما (عادة) أى عرفاً و لهذا لو وطى جارية امرأته و قال ظننت أنها تحل لي لا يحد (و هو) أي الانتفاع هو (المقصود) من الزوجية حتى يعد الزوج غنياً بمالها قيل في تأويل قوله تعالى ﴿و وجدك عائلاً فاغنى﴾ أى فأغناك بمال خديجة رضي الله عنها و هذا لأن الاتحاد بينهما أكثر ما يكون بين الوالد و الولد في العادة و الشريعة فإنهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة أسباب المعيشة فإن الإنسان قد يعادى والديه لرضى زوجته و لهذا يستحق أحدهما الميراث من الآخر بغير حجب و إذا كان كذلك (فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً) في شهادته بجر النفع إلى نفسه و شهادة (١) المتهم مردودة (بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعي رحمه الله تعالى و ذلك (لأنه) أي لأن الغريم

---

(١) شهادة المتهم الخ و فى الخانية: و إن شهد الرجل لامرأة بحق ثم تزوجها بطلت شهادته و لو شهد لامرأته و هو عدل و لم يرد الحاكم شهادته حتى طلقها بائنا و انقضت عدتها روى ابن شجاع أن القاضى ينفذ شهادته اه و به علم أن الزوجية انما تمنع منها وقت القضاء لا وقت الاداء و لا وقت التحمل و أطلق فى الزوجة فشمل الأمة و شمل الزوجة من وجه و هى المعتدة عن طلاق و لو ثلاثا كما فى القنية و البزازية كذا فى البحر.

لا ولاية له على المشهود به و لا شهادة المولى لعبده لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين

(لا ولاية له على المشهود به) إذ هو مال المديون و لا تصرف له عليه فلم يكن متهماً فجازت شهادته لا يقال الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه لأن الظفر أمر موهوم و حق الأخذ بناء عليه و لا كذلك الزوجان فإن قلت إن فاطمة رضى الله تعالى عنها ادعت فدك بين يدي أبي بكر رضي الله تعالى عنه فشهد لها على رضى الله تعالى عنه فجوز ذلك حيث شهد لها و فاطمة رضي الله تعالى عنها جوزت ذلك أيضاً حيث استشهدت علياً رضى الله تعالى عنه و لم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعاً و الإجماع مقدم على القياس و خبر الواحد قلت الصحيح (١) من الرواية أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه رد دعواها فإنها ادعت فدك ميراثاً من النبي ﷺ فرد دعواها و قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة (قال) أي القدوري (و لا شهادة المولى لعبده) أي و لا تقبل شهادة المولى لعبده (لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين) لأن العبد

(١) الصحيح من الرواية الخ قلت روى البخارى في الفرائض باب قول النبى ﷺ لا نورث ما تركنا صدقة ص ٩٩٥ ج٢ من طريق معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن فاطمة و العباس رضى الله تعالى عنهما أتيا أبا بكر رضى الله تعالى عنه يلتمسان ميراثهما من رسول الله ﷺ و هما يومئذ يطلبان أرضيهما من فدك و سهمه من خيبر فقال لهما أبو بكر رضى الله تعالى عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول لا نورث ما تركنا صدقة انما يأكل آل محمد من هذا المال قال ابو بكر رضى الله تعالى عنه و الله لا أدع أمراً رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا صنعته اه و روى في المغازى باب غزوة خيبر ص ٦٠٩ ج٢ من طريق عقيل عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن فاطمة بنت النبى ﷺ أرسلت إلى أبى بكر رضى الله تعالى عنه تسئله ميراثها من رسول الله ﷺ مما افاء الله عليه بالمدينة و فدك و ما بقى من خمس خيبر الحديث و فيه: فلما تكلم أبو بكر رضى الله تعالى عنه قال و الذى نفسى بيده لقرابة رسول الله ﷺ أحب إلى أن أصل من قرابتى و أما الذى شجر بينى و بينكم من هذه الأموال فانى لم آل فيها عن الخير ولم أترك أمرا رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيها إلا صنعته فقال على رضى الله تعالى عنه لابى بكر رضى الله تعالى عنه موعدك العشية للبيعة اه و روى في الجهاد باب فرض الخمس ص ٤٣٥ ج١ من طريق صالح عن ابن شهاب أخبرنى عروة بن الزبير أن عائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها أخبرته أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ سألت أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنه بعد وفاة رسول الله ﷺ أن يقسم لها ميراثها مما ترك رسول الله ﷺ و كانت فاطمة رضى الله تعالى عنها تسأل أبا بكر رضى الله تعالى عنه نصيبها مما ترك رسول الله ﷺ من خيبر وفدك و صدقته بالمدينة فابى أبوبكر رضى الله تعالى عنه عليها ذلك و قال لست تاركا شيئا كان رسول الله ﷺ يعمل به إلا إنى عملت به فانى أخشى إن تركت شيئا من أمره أن أزيغ فأما صدقته بالمدينة فدفعها عمر رضى الله تعالى عنه إلى على و عباس رضى الله تعالى عنهما و أما خيبر و فدك فأمسكهما عمر رضى الله تعالى عنه و قال هما صدقة رسول الله ﷺ كانتا لحقوقه التى تعروه و نوائبه و أمرهما إلى من ولى الأمر قال فهما على ذلك إلى اليوم اه.

أو من وجه إن (١) كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى و لا لمكاتبه لما قلنا و لا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما و لو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة و تقبل شهادة الرجل لأخيه و عمه

و ما في يده لمولاه (أو من وجه) أي أو شهادة لنفسه من وجه (إذا كان عليه) أي على العبد (دين لأن الحال) أي حال العبد (موقوف مراعى) بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم و بين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه (قال) أي القدوري (و لا لمكاتبه) أي و لا تقبل شهادة المولى لمكاتبه (كما ذكرنا) من قوله شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه و في بعض النسخ لما قلنا و كذا لا يجوز شهادته لمدبره و أم ولده و به (٢) قالت الأئمة الثلاثة (و لا شهادة الشريك لشريكه) أي و لا تقبل شهادة أحد الشريكين للآخر (فيما هو من شركتهما) أي في الذي هو مشترك بينهما (لأنه شهاة لنفسه من وجه) لأن كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب و هو معنى قوله (لاشتراكهما) أي في الذي يحصل بسبب تلك الشهادة (و لو شهد) أي الشريك (بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة) لأنه شهادة عدل لغيره و في الشامل و لا تقبل شهادة الشريك المفاوض و إن كان عدلاً فيما خلا الحدود و القصاص و غير المفاوض أيضاً في تجارته (و تقبل (٣) شهادة الرجل لأخيه و عمه) و لا خلاف فيه إلا أن مالكاً رحمه الله تعالى شرط أن لا يكون في عياله قال بعض أصحابه يجوز بشرط أن لا يكون مبرزاً له و قيل بشرط ان لم ينله صلته و قال أشهب يجوز في اليسير دون الكثير إلا أن يكون مبرزاً له فيجوز في الكثير و قيل يقبل إلا فيما تتضح فيه التهمة مثل أن يشهد له بما يكتسب به الشاهد شرفاً و جاهاً أو يدفع به معرة أو يقضي الطباع و العصبية فيه العصب و الحمية كشهادته بأن فلاناً قتله أو جرحه كذا في جواهرهم

(١) إن. ن. إذا. (٢) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى كذا في فتح القدير. (٣) تقبل شهادة الرجل لأخيه الخ قال العلامة الموفق في المغني ص ٦٩ ج ١٢ قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة روى هذا عن ابن الزبير رضي الله تعالى عنه و به قال شريح و عمر بن عبد العزيز و الشعبي و النخعي و الثوري و مالك و الشافعي و أبو عبيد و اسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأى رحمهم الله تعالى و حكى عن ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم و عن مالك رحمه الله تعالى أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعا إليه فى صلته و بره لأنه متهم فى حقه و قال ابن المنذر قال مالك رحمه الله تعالى لا تجوز شهادة الأخ لأخيه فى النسب و تجوز فى الحقوق ولنا عموم الآيات و لأنه عدل غيرمتهم فتقبل شهادته له كالأجنبى و لا يصح القياس على الوالد و الولد لأن بينهما بعضية و قرابة قوية بخلاف الاخ و شهادة العم و ابنه و الخال و ابنه و سائر الأقارب أولى بالجواز فان شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى.

لانعدام التهمة لأن الأملاك و منافعهما متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال و لا تقبل شهادة مخنث و مراده المخنث في الرديء من الأفعال لأنه فاسق فأما الذي في كلامه لين و في أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة و لا نائحة و لا مغنية

(لانعدام التهمة) يعني في الشهادة لأخيه و عمه (لأن الأملاك و منافعهما متباينة) بينهم (و لا بسوطة لبعضهم في مال البعض) و هذا ظاهر و لأن العداوة و التحاسد بين الاخوة ظاهرة فتنتفي التهمة المانعة من الشهادة. ألاترى أن العداوة بين الإخوة أول ما ظهرت في قصة قابيل و هابيل و كذلك في قصة يوسف عليه السلام و إخوته و في الشامل و قبل لولد الرضاع و لأم المرأة و في الخلاصة (١) و تقبل لأم امرأته و ابنتها و لزوج ابنته و لامرأة إبنه و لامرأة أبيه و لأخت امرأته و من السلف من قال لا تقبل شهادة الأخ لاخيه ذكره شمس الأئمة السرخسيّ في شرح أدب القاضي (قال) أي القدوريّ (و لا تقبل شهادة مخنث (٢)) قال المصنف رحمه الله (و مراده) أي مراد القدوري رحمه الله (المخنث في الردىء من الافعال) أي أفعال النساء من التزين بزينتهن و التشبه بهن في الفعل و القول فالفعل مثل كونه محلا للواطة و القول مثل تليين كلامه باختياره تشبيها بالنساء قال عليه الصلاة و السلام لعن الله المؤنثين من الرجال و المذكرات من النساء و قال المصنفّ (لانه) أي لان المخنث (فاسق) في فعله فلا تقبل شهادة الفاسق (فأما الذي) أي فأما المخنث الذي (في كلامه لين) مثل كلام النساء (و في أعضائه تكسر) خلقة (فهو مقبول الشهادة) ألا ترى أن هيت (٣) المخنث كان يدخل بيوت أزواج النبي ﷺ حتى سمع منه النبي ﷺ كلمة شنيعة فأمر بإخراجه (قال) أي القدوريّ (و لا نائحة) أى و لا تقبل شهادة نائحة لان النوح لما كان منهياً عنه و قد باشرته النائحة لم تؤمن من أن تباشر شهادة الزور أيضاً فلا تقبل شهادتها و في الذخيرة لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها و إنما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها و اتخذت ذلك مكسبة و قال الاترازيّ و لنا فيه نظر لان النبي ﷺ نهىَ عن النياحة مطلقاً من غير فصل قلت يؤيد كلامه أن المصنفّ لم يقيد بقوله للناس (و لا مغنية) التغني للهو و لجمع المال حرام بلا خلاف و لا سيما إذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام و أما التغني لدفع ضرر نفسه مباح بلا خلاف و النوح

---

(١) الخلاصة ص٥٩ ج٤. (٢) مخنث بكسر النون و فتحها و الكسر أفصح و الفتح أشهر كذا في تهذيب الأسماء و هو الذى يتشبه بالنساء في أخلاقه و كلامه و حركاته و سكناته فتارة يكون هذا خلقة و لا ذم له و لا إثم عليه و تارة يكون بتكلف و هو ملعون كذا في المرقاة ص٢٨٨ ج٦. (٣) هيت المخنث الخ قيل: اسم هذا المخنث هيت بكسر الهاء و سكون المثناة التحتية و بمثناة فوقية و قيل: هبن بالنون و الموحدة كذا في المرقاة.

لأنهما ترتكبان محرماً فإنه عليه الصلاة و السلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة و المغنية قال و لا مدمن الشرب علي اللهو لأنه ارتكب محرم دينه

كذلك قاله الكاكي رحمه الله (لانهما) أى لأن النائحة و المغنية (ترتكبان محرماً فانه عليه الصلاة و السلام) أى فإن النبي ﷺ (نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة و المغنية) هذا الحديث أخرجه (١) الترمذيّ من حديث جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه مطولاً و فيه نهيت عن صوتين احمقين فاجرين صوت عند نغمة لهو و لعب و مزامير شيطان و صوت عند مصيبة بخمش وجوه وشق جيوب ورنة شيطان قال الترمذيّ حديث حسن و في ذكر المصنفّ النائحة و المغنية وصف بصفة صاحبه والتقدير صوت النائحة و صوت المغنية و قال الا ترازىّ و قد روى أصحابنا في كتبهم أن النبي ﷺ نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة و المغنية قلت ذهل عن إخراج الترمذيّ فلذلك قال و قد روى أصحابنا و ذكر صاحب الاجناس عن أدب القاضي إملاء قال لا تقبل شهادة أصحاب المعصية و قطاع الطريق و أصحاب الفجور بالنساء و من يعمل عمل لوط و من يقعد مع النائحة و النائح و المغني و المغنية لا تقبل شهادة واحد من هؤلاء إلى هنا لفظه (قال) أي القدوريّ (و لا مدمن الشرب على اللهو (٢) لانه ارتكب محرم دينه) أي و لا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو قال في الصحاح (٣) رجل مدمن خمر أي مداوم شربها و إنما أطلق إدمان الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر و السكر و نقيع الزبيب و التمر من غير طبخ و الفضيخ و الباذق و الفضيخ البسر إذا خرج من الماء و غلى و اشتد و قذف بالزبد و ذلك بأن يكسر و يدق و الباذق و هو المطبوخ أقل من الثلثين و كل ذلك محرم شرب قليلها و كثيرها إلا أن منكر حرمة الخمر يكفر و منكر حرمة هذه الاشربة لا يكفر و يجب الحد فى الخمر بالسكر و يشترط الادمان في الخمر و هذه الأشربة لسقوط العدالة و لهذا قال قاضي خانّ في فتاواه إنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس فإن من اتهم في شرب الخمر في بيته لا تبطل عدالته و ان كانت كبيرة و إنما تبطل إذا ظهر ذلك أو خرج سكران يسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحترز عن الكذب و في الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح و التعديل شرب الخمر في السر لا تسقط العدالة لأن محمداً رحمه الله تعالى شرط الإدمان في كتاب الشهادات و أما ما سوى هذه الأشربة ما يتخذ

---

(١) أخرجه الترمذىّ فى الجنائز باب ما جآء فى الرخصة فى البكاء على الميت ص ١٢٠ ج١ و البيهقىّ فيه باب الرخصة فى البكاء بلا ندب و نياحة ص٦٨ ج٤. (٢) اللهو و فى المصباح: اللهو معروف و أصله ترويح النفس بما لا تقتضيه الحكمة اه. (٣) الصحاح للجوهرىّ مادة دمن ص ٢١١٤ ج٥.

و لا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلةو لانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره و في بعض النسخ و لا من يلعب بالطنبور

من الحنطة و الشعير و الذرة و السكر و الفانية و التين فهي مباحة و إن سكر منها و لا حد على من سكر منها هو الصحيح من الرواية كذا قال صاحب التحفة قال لأن هذه من جملة الأطعمة و لا عبرة بالسكر فإن في بعض البلاد قد يسكر المرأ من الخبز و نحوه و البنج يسكر و لبن الرمكة يسكر و روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المسكر منه حرام كما في المثلث و لكن إذا سكر منه لا حد عليه بخلاف المثلث كذا في التحفة قلت لا ينبغي أن يفتى في هذا الزمان إلا بالحرمة في الكل لفساد غالب أهل هذا الزمان و رأيت بخط شيخي العلاء المراد من قوله و لا مدمن الشرب على اللهو شرب غير الخمر لأن في الخمر الإدمان و اللهو ليس بشرط بل صار مردود الشهادة بمجرد شرب الخمر لفسقه (قال) أي القدوري (و لا من يلعب بالطيور) أى و لا تقبل (١) شهادة من يلعب بالطيور و لا خلاف (٢) فيه لأهل العلم و في قوله يلعب إشارة إلى أنه لو اتخذ الحمام في بيته ليستأنس بها أو لحمل الكتب كما في ديار مصر و الشام لا يكون حراماً و لا تسقط عدالته و في المبسوط (٣) اتخاذ الحمام في البيوت للاستئناس مباح و كذا اتخاذ برج الحمام و في الذخيرة ناقلاً عن شيخ الإسلام هذا إذا كان لا يطيره أما لو كان يأتي بيت حمامه حمامات غيره فتفرخ ثم هو يبيع ذلك و يأكل و لا يعرف حمامه من حمام غيره يصير مرتكباً محرماً و آكلا حراماً فعلى هذا التقدير لا تقبل شهادته و إن لم يقف على عورات النساء لصعوده سطحه (لأنه يورث غفلة) و لا يؤمن على العقل من الزيادة و النقصان فلا تقبل شهادته (و لأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره) و النظر على عورات الاجانب و المحرمات حرام فلا يجوز شهادة مرتكب الحرام (و في بعض النسخ) أي و في بعض نسخ القدوري (و لا من يلعب بالطنبور) بضم الطاء كذا في دستور اللغة و قال (٤) الجوهري الطنبور فارسي معرب و الطنبار لغة

---

(١) و لا تقبل الخ أقول روى أبوداؤد فى الأدب باب فى اللعب بالحمام ص٣٢٧ ج٢ عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ رآى رجلا يتبع حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة و رواه ابن ماجة فى الأدب باب اللعب بالحمام ص٢٧٥ من حديث عائشة و أبى هريرة و عثمان بن عفان و انس بن مالك رضى الله تعالى عنهم .

(٢) لا خلاف الخ راجع شرح الوجيز ص١٣ ج١٣ و المغنى ص٣٧ ج١٢ . (٣) المبسوط للسرخسى ص ١٣١ ج١٦ . (٤) قال الجوهرى فى الصحاح مادة طنبر ص٧٢٦ ج٢ و فى تاج العروس مع القاموس: (الطنبور) بالضم (و الطنبار بالكسر) معروف فارسى (معرب) دخيل (أصله دنبهٔ بره) بضم الدال المهملة و سكون النون و فتح الموحدة و بره بفتح الموحدة و تشديد الراء المفتوحة (شبه بألية الحمل) فدنبه هى الألية و بره الحمل و قال =>

و هو المغني قال و لا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال و لا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق

(و هو) أي الذي يلعب بالطنبور هو (المغني) قيل يستغنى عن هذا بقوله و لا من يغني للناس لأنه أعم من أن يكون معه آلة لهو أولا أجيب بأن يقال لئن سلمنا هذا و لكنه قصد تخصيص الطنبور بالذكر لكونه من أعظم آلات اللهو عند العجم من الترك و غيرهم (قال) أي القدوريّ (و لا من يغني للناس) أي و لا تقبل شهادة من يغني للناس (لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة) لا يقال إن فيه تكراراً لأن من يغني للناس يكون من الرجال و النساء و المغنية في النساء خاصة و قيل الأصح من الجواب انه إنما ذكر النائحة و المغنية هناك مع أن النوح و الغناء مشترك بين الرجال و النساء لورود الحديث بذلك اللفظ و يفهم منه حكم الرجال تبعاً فأعاد حكم الرجال جرياً على الأصل إذ الأصل أن حكم النساء يستفاد من حكم الرجال إذ لو اقتصر على الأول لتوهم أن ذلك حكم مخصوص بالنساء و قيد بقوله للناس لأن التغني للناس مكروه باتفاق المشايخ و التغني لاسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ و من الناس من أباح ذلك في العرس و الوليمة كما أبيح ضرب الدف فيهما و إن كان فيه نوع لهو و منهم من قال إذا تغنى ليستفيد منه نظم القوافي و يصير به فصيح اللسان لا بأس به و أما التغني لنفسه فقيل لا يكره و به أخذ السرخسيّ لما روى عن أنس رضي الله عنه أنه دخل على أبيه البراء بن المالك رضي الله عنه و هو من زهاد الصحابةرضي الله عنهم و كان يغني و قيل جميع ذلك مكروه و به أخذ شيخ الإسلام خواهر زادهٓ و يحمل حديث البراء رضى الله تعالى عنه على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ و الحكمة و إنشاد الشعر لا بأس به و إن كان فيه صفة المرأة فإن كانت حية يكره و إن كانت ميتة لا يكره هذا في الذخيرة و أما القراء ة بالألحان أباحها قوم و حظرها قوم و المختار إذا كانت الألحان لا يغير الحروف من نظمها مباح و إلا غير مباح ذكره في الحلية بلا خلاف و في التنبيه و لا تقبل شهادة القوال و الرقاص و المشعوذ و قوله على كبيرة هو اللهو و اللعب و نص على نوع فسق فلا يمتنع عادة عن المحارم و الكذب و سنذكر الخلاف في الكبيرة عن قريب (قال) أي القدوريّ (و لا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق) و لا خلاف فيه و اختلفوا في تفسير الكبيرة قيل هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ في الحديث الذي أخرجه (١) البخاري عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه

=> الليثّ: الطنبور الذى يلعب به معرب و قد استعمل فى لفظ العربية (و طنوبرة) بفتح فتشديد نون مضمومة و فتح الموحدة (دبالاندلس) ذكره الصاغانىّ و ضبطه. (١)أخرجه البخارىّ فى الوصايا باب قول الله تعالى إن الذين =>

قال و لا من يدخل الحمام من غير إزار لان كشف العورة حرام أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد و الشطرنج

عن النبي ﷺ قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله ﷺ و ما هن قال الشرك بالله و السحر و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق و أكل الربا و أكل مال اليتيم و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات المؤمنات الغافلات و روى (١) مسلمٌ في حديث أنس رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ في الكبائر قال الشرك بالله و عقوق الوالدين و قتل النفس و قول الزور و روي (٢) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إن من الكبائر شتم الرجل و الديه قالوا يا رسول الله ﷺ و هل يشتم الرجل والديه قال نعم يسب أبا الرجل فيسب أباه و يسب أمه فيسب أمه و روي (٣) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال سألت رسول الله ﷺ أي الذنب أعظم عند الله قال أن تجعل لله نداً و هو خلقك قال قلت له ان ذلك لعظيم قال قلت ثم أي قال ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك قال قلت ثم أي قال ثم أن تزاني بحليلة جارك. و في الفتاوى الصغرى ذكر الإمام شيخ الإسلام خواهر زادهٌ في شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراماً محضا مسمي في الشرع فاحشة كاللواطة أو لم يسم بها فاحشة لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع إما في الدنيا بالحد كالسرقة و الزنا و قتل النفس بغير حق أو الوعيد بالنار في الآخرة كأكل مال اليتيم و قال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة و قيل ما كان حراماً لعينه و قيل و أصح ما قيل فيه ما نقل عن الحلوانيٌ أنه قال ما كان شنيعاً بين المسلمين و فيه هتك حرمة الله تعالى و الدين فهو كبيرة و كذا الإعانة على المعاصي و الفجور و الحث عليها من جملة الكبائر كذا في الذخيرة و المحيط و قيل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة و ما استغفر عنه فهو صغيرة و الأوجه ما ذكره المتكلمون أن كل ذنب فوقه ذنب و تحته ذنب فهو بالنسبة إلى ما فوقه صغيرة و إلى ما تحته كبيرة لأن الأشياء الاضافية لا تعرف إلا بالإضافة (قال) أي القدوريٌ (و لا من يدخل الحمام من غير إزار) أي و لا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار يستر عورته (لأن كشف العورة حرام) لقوله عليه الصلاة و السلام لعن الله الناظر و المنظور اليه و الشهادة كرامة فلا يستحقها من يستحق اللعن و لا خلاف فيه (أو يأكل الربا أو يقامر بالنرد (٤) و الشطرنج) هذا

=> يأكلون أموال اليتامى الآية ص٣٨٧ ج١ و مسلمٌ في الإيمان باب الكبائر و اكبرها ص٦٤ ج١. (١) روى مسلمٌ في الباب المذكور آنفا. (٢) روى مسلمٌ في الباب المذكور آنفا. (٣) روى أى مسلمٌ في الباب المذكور آنفا. (٤) بالنرد الخ و في المصباح: النرد لعبة معروفة و هو معرب اه و في القاموس: إنه وضعه أرد شير بن =>

لان كل ذلك من الكبائر و كذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لأن للاجتهاد فيه مساغاً

عطف على قوله من يدخل الحمام بغير إزار و هكذا لفظ القدوري و في بعض النسخ قال و لا من يأكل الربا أو يقامر بالنرد و الشطرنج (لأن كل ذلك من الكبائر) و قد مر عن قريب في حديث البخاري أن أكل الربا من الكبائر و قال صاحب الاجناس ناقلاً عن الأصل و لا تقبل شهادة آ كل الربا إذا كان مشهوراً لأنه إذا لم يكن مشهوراً فطريقه التهمة و عدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق على ما يأتي الآن و أما المقامر بالنرد و الشطرنج ففيه تفصيل على ما يذكره المصنف الآن (و كذلك) أي لا تقبل شهادة (من تفوته الصلاة للاشتغال بهما) أي بالنرد و الشطرنج (فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لأن الاجتهاد فيه مساغاً) فإن الشافعي و مالكاً

=> بابك و لهذا يقال النرد شير اه و فى هامش فتح العزيز ص١٠ ج١٣. الشطرنج. هو بكسر أوله و في لغة بالسين و فيه أربع لغات كسر الشين و فتحها و الإعجام و الإهمال و الأشهر الإعجام مع الكسر و يجمع على شطارج و أصله في اللغة الأعجمية شسن رنك و معناه ستة ألوان لأن شسن ستة.. و رنك ألوان و هي أعني الستة الشاة و الفرزان و الفيل و الفرس و الرخ و البيدق ثم أول من وضعه كما ذكره ابن خلكان و صاحب الغرر وصه بن داهر الهندى وضعه لبلهيت و يقال له شهرام بكسر الشين المعجمة و قصد الواضع للشطرنج مضاهاة لأزدشير أول ملوك الفرس الأخيرة واضع النرد لتمثيل الدنيا و أهلها كما تقدم بيانه و افتخرت الفرس بذلك ثم لما قارن حكماء ذلك العصر بينهما قضوا بترجيح الشطرنج على النرد حيث إن الشطرنج وضع على أساس قاعدة أن لا قضاء و لا قدر مؤثرين بذاتهما و أن الإنسان قادر بسعيه و اجتهاده أن يبلغ المراتب العلية و الخطط السنية فكان في ذلك إبطال القاعدة الأساسية التي بنى عليها وضع النرد كما أن الإنسان لو أهمل السعي و الاجتهاد هوى به إلى الخصيص و أخرجه من روض الغيس الأربص و مما يدل على ذلك أن البيدق ينال بحركته و سعيه منزلة الفرزان في الرياسة ثم جعلها الواضع مصورة تماثيل على صورة الناطق و الصامت و جعلها درجات و مراتب فجعل الشاة الرئيس و المدبر و الفرس و الفيل مركوبين له و الفرزان وزيره و البيادق و رعاياه فالواحد من الرعية لو أعطى الاجتهاد حقه فى تهذيب نفسه كان ذلك عوناً على أن ينال رتبة الفرزان أي وزيراً و كذلك الفرزان إذ علت همته و تمكنت قدرته طمحت نفسه إلى نيل رتبة الشاة أى الملك و نازعه الملك و لو أدى إلى مقاتلته و هكذا الحكم فى كل قطعة من القطع التى تليها و قيل إن الواضع للشطرنج بعض الحكماء ليبينوا للناس ما خفى عنهم من مكايد الحروب و كيفية ظفر الغالب و خذلان المغلوب و بينوا فيها التدبير و الحزم و الاحتياطة المكيدة و الاحتراس و التعبية و النجدة و القوة و الجلد و الشجاعة و البأس فمن عدم شيئا من ذلك علم موضع تقصيره و من أين أتى بسوء تدبيره لأن خطأها لا يستقال و العجز فيها متلف المهج و الأموال لأنه معلوم بالبداهة أن فى ترك الحزم ذهاب الملك و ضعف الرأي جالب للعطب و الهلاك و التقصير سبب الهزيمة و التلف و عدم المعرفة بالتعبية دا ع إلى الانكشاف أمام العدو.

....

رحمهما الله تعالى قالا باباحته مع الكراهة و عندنا و أحمد رحمه الله تعالى حرام لقوله عليه الصلاة و السلام من لعب بالنرد شير فقد عصى الله و رسوله رواه (١) أبوداودٌ قيل هو الشطرنج أما النرد

(١) رواه أبو داودٌ في الادب باب في النهي عن اللعب بالنرد ص٣٢٧ ج٢ و مالك رحمه الله تعالى في الجامع باب ما جآء في النرد ص٧٢٤ و احمد و ابن ماجة رحمهما الله تعالى في الادب باب اللعب بالنرد ص ٢٧٥ و الحاكمٌ و الدارقطنيٌ و البيهقيٌ في الشهادات باب كراهية اللعب بالنرد الخ ٢١٤ ج١٠ من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه و وهم من عزاه إلى تخريج مسلمٌ نعم أخرج مسلمٌ في الشعر باب تحريم اللعب بالنرد شير ص ٢٤٠ ج٢ من حديث بريدة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال من لعب بالنرد شير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير و دمه و رواه أبو داودٌ في الادب باب في النهي عن اللعب بالنرد ص٣٢٧ج٢ و ابن ماجةٌ فيه باب اللعب بالنرد ص٢٧٥ و البيهقيٌ في الشهادات باب كراهية اللعب بالنرد الخ ص ٢١٤ ج١٠ و في الباب أيضا ما رواه أبوداودٌ في الجهاد باب في الرمي ص٣٤٧ ج١ عن عقبة بن عامر رضي الله تعالى عنه مرفوعا و فيه ليس من اللهو (أي المباح) إلا ثلاث تأديب فرسه و ملاعبته أهله و رميه بقوسه و نبله و رواه الترمذيٌ في الجهاد باب ما جآء في فضل الرمي في سبيل الله ص١٩٧ ج١ و النسائيٌ في الخيل تأذيب الرجل فرسه ١٢٣ ج٢ و ابن ماجةٌ في الجهاد باب الرمي في سبيل الله ص٢٠٧ و في الجوهر النقي على البيهقي ص٢١٥ ج١٠ قال النوويٌ في شرح مسلم بعد ذكر حديث بريدة رضي الله تعالى عنه هذا الحديث حجة للشافعي رحمه الله تعالى و الجمهور في تحريم اللعب بالنرد و فيه رد على البيهقي حيث أطلق فيه الكراهية دون التحريم و هو خلاف مذهب للشافعي رحمه الله تعالى و الجمهور و إذا ثبت أن اللعب بالنرد محرم يقاس عليه الشطرنج فلا نسلم للشافعية كراهية اللعب به قال المازري في شرح مسلم: مالك ينهى عن اللعب بالنرد و الشطرنج و يرى أن الشطرنج شر من النرد و ألهى منها و هذا الحديث حجة له و إن كان و رد في النرد فقيست الشطرنج عليها لاشتراكهما في كونهما شاغلين عما يفيد في الدين و الدنيا موقعين في القمار و التشاجر الحادث فيهما عند التغالب مع كونهما غير مفيدين و قد نبه على هذا بقوله: الشطرنج ألهى و قد ذكر البيهقي (في باب اللعب بالشطرنج) عن ابن عمر قال: شر من النرد و عن أبي موسى: لا يلعب بالشطرنج إلا خاطيء و في التمهيد قال بعضهم: الشطرنج شر من النرد و ممن قال ذلك الليث بن سعد و ذكر البيهقي (في باب من كره كل ما لعب الناس به) أنه قيل للقاسم بن محمد: أرأيت الشطرنج أميسر هي؟ قال: كل ما ألهى عن ذكر الله و عن الصلاة فهو ميسر اه و قال الموفق في المغني ص٣٦ ج١٢: فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم إلا أن النرد آكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياسا عليه و ذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب و ابن عمر و ابن عباس و سعيد بن المسيب و القاسم و سالما و عروة و محمد بن علي بن الحسين و مطر الوراق و مالكا و هو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و ذهب الشافعي رحمه الله تعالى إلى إباحته (مع الكراهة و أما لو شغل عن الصلاة أو قامر به فحرام إجماعا) و حكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة و سعيد بن المسيب و سعيد بن جبير و احتجوا بأن الأصل الإباحة و لم يرد بتحريمها نص و لا هي في معنى المنصوص عليه و يفارق النرد من وجهين: أحدهما أن في الشطرنج تدبير =>

و شرط في الأصل أن يكون آ كل الربا مشهوراً به لان الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة و كل ذلك ربا قال و لا من يفعل الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق و الأكل على الطريق

فحرام بالإجماع قال عليه الصلاة و السلام من لعب بالنرد فهو ملعون ذكره في الذخيرة و اللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدمناً عليه أو يقامر أو تفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف بالكذب و الباطل و في التنبيه و من لعب بالشطرنج في الطريق لا تقبل شهادته (و شرط في الأصل) أي شرط محمد رحمه الله تعالى في المبسوط (أن يكون آكل الربا مشهوراً به) أي بأكل الربا (لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة و كل ذلك رباً) أي في معنى الربا فعلم أن عدالته لا تسقط بمجرد أكل الربا إذا لم يكن مشهوراً به مصراً عليه و عن هذا وقع الفرق بين الربا و أكل مال اليتيم فان الإدمان فيه غير شرط (قال) أي القدوري (و لا من يفعل) أي و لا تقبل شهادة من يفعل (الأفعال المستحقرة كالبول على الطريق و الأكل على الطريق) هكذا وقع فى بعض نسخ القدورى يعنى لفظ المستحقرة من الاستحقار و هنا نسخ المحقرة و المستقبحة و المستخفة و كلها على صيغة اسم المفعول و روى المستخفة بالخاء المشددة المكسورة من التسخيف و هو

=> الحرب فأشبه اللعب بالحراب و الرمى بالنشاب و المسابقة بالخيل و الثانى أن المعول فى النرد على ما يخرجه الكعبتان فأشبه الازلام و المعول فى الشطرنج على حذقه و تدبيره فأشبه المسابقة بالسهام و لنا قول الله تعالى: ﴿إنما الخمر و الميسر و الأنصاب و الأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ قال على رضى الله عنه: الشطرنج من الميسر (و للشافعى رحمه الله تعالى أن يحمله على ما إذا قامر به) و مر على رضى الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه التماثيل التى أنتم لها عاكفون قال أحمد رحمه الله تعالى: أصح ما فى الشطرنج قول على رضى الله عنه و روى واثلة بن الأسقع رضى الله عنه مرفوعا: ﴿إن الله عزوجل ينظر فى كل يوم ثلاثمائة و ستين نظرة ليس لصاحب الشاة فيها نصيب﴾ رواه أبو بكر (الخلال) بإسناده و لأنه لعب يصد عن ذكر الله و عن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد و فيه رد على قولهم: لا نص فيها فقد ذكرنا فيها نصا (و هو ما رواه الخلال عن واثلة) و هى أيضا فى معنى النرد و قولهم: إن فيها تدبير الحرب قلنا: لا يقصد هذا منها و أكثر اللاعبين إنما يقصدون منها اللعب أو القمار و قولهم: إن المعول فيها على حذقه و تدبيره فهو أبلغ فى اشتغاله بها و صدها عن ذكر الله تعالى و عن الصلاة و إذا ثبت تحريمها فقال القاضى: هو كالنرد فى رد الشهادة و هذا قول مالك و أبى حنيفة رحمهما الله تعالى لأنه محرم مثله و قال أبو بكر: إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد فى حقه و إن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة فى أوقاتها أو يخرجه إلى الحلف الكاذب و نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل فى لعبه ما يستخف به من أجله و نحو هذا مما يخرجه عن المروء ة و هذا مذهب الشافعى رحمه الله تعالى و ذلك لأنه مختلف فيه فأشبه سائر المختلف فيه اه ملخصا.

لأنه تارك للمروءة و إذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم

النسبة إلى السخف و هو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل و صحح صاحب المغرب هذه الأخيرة (لأنه تارك للمروءة) أي الانسانية قال الجوهري و لك أن تشدد و قال أبو يزيد مرؤ الرجل صار ذا مروءة فهو مرىء على فعيل (و إذ كان) أي الرجل (لا يستحيي عن مثل ذلك) أي البول على الطريق و الأكل عليه (لا يمتنع عن الكذب فيتهم) فلا تقبل شهادة المتهم و كل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة رحمهم الله تعالى حتى لو مشي في السوق أو في مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته و كذا من يمد رجليه عند الناس و يكشف رأسه في موضع لا عادة فيه و ما أشبه ذلك مما تجتنبه أهل المروءات بلا خلاف و في أصحاب الصنائع الدنيئة كالكساع و الزبال و الكناس و الحجام و الحائك وجهان قال بعض العلماء لا تقبل شهادة أهل الصناعات و به قال (١) الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى لكثرة خلفهم في الوعد و دناءة صنعتهم في المدينة و قال عامة العلماء يجوز إذا كانوا عدولاً و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في وجه و أحمد و مالك رحمهما الله تعالى و هو الأصح لأنه قد تولاها كثير من الصالحين و أهل المروءة و في المحيط لا تقبل شهادة النخاسين و الدلالين لأنهم يكذبون كثيراً فأما من عدل منهم تقبل شهادته و بائع الأكفان لا تقبل شهادته قال شمس الأئمة هذا إذا ترصد لذلك العمل فأما إذا كان يبيع الثياب و يشترى منه الاكفان فتقبل لعدم تمنيه للناس الموت و الطاعون و في الذخيرة لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان بن فلان و قبض المبيع و البائع قبض الثمن و ضمن الدرك و لم يكن شيء من ذلك موجودا فيكون كذباً محضاً و لا فرق فى الكذب بين القول و الكتابة و الصحيح أنه تقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح و لا تقبل (٢) شهاة القروي و الأعرابي على البدوي عند بعض العلماء و عامة العلماء

(١) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ راجع شرح الوجيز ص ٢٢ ج ١٣ و المغني ص ٣٤ ج ١٢. (٢) لا تقبل شهادة القروى الخ و فى المغنى ص ٣١ ج ١٢ ظاهر كلام الخرقي أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية و شهادة أهل القرية على البدوى صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط و هو قول ابن سيرين و أبى حنيفة و الشافعى و أبى ثور رحمهم الله تعالى و اختاره أبو الخطاب و قال الامام احمد رحمه الله تعالى أخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته و هو قول جماعة من أصحابنا و مذهب أبى عبيد و قال مالك رحمه الله تعالى كقول أصحابنا فيما عدا الجراح و كقول الباقين فى الجراح احتياطا للدماء و احتج أصحابنا بما روى أبوداود فى سننه (فى القضاء باب شهادة البدوى على أهل الامصار ص ١٥١ ج ٢) عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ أنه قال لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية و لأنه متهم حيث عدل عن ان يشهد=>

و لا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه و تقبل شهادة أهل الأهواء

تقبل إلا بمانع غيره و عند مالك رحمه الله تعالى لا تقبل شهادة القروي على البدوي في غير الدماء ذكره في الجواهر و قال عامة العلماء تقبل إذا كان عدلاً عالماً بكيفية الشهادة تحملاً و أداء و في مناقب أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تقبل شهادة البخيل (١) و قال مالك رحمه الله تعالى إن أفرط في البخل لا تقبل و لا تقبل شهادة الطفيلي و المشعوذ و الرقاص و المسخرة بلا خلاف و قال نصير بن يحيى من شتم أهله و مماليكه كثيراً في كل ساعة لا تقبل شهادته و ان كان أحياناً تقبل و في جامع شمس الأئمة رحمه الله لا تقبل شهادة من يجازف في كلامه و لا خلاف فيه (و لا تقبل (٢) شهادة من يظهر سب (٣) السلف) المراد من السلف الصحابة و التابعون رضى الله تعالى عنه و أبو حنيفة رحمه الله تعالى (٤) و السلف جمع سالف و هو الدهر الماضي و في الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه و يقتفى أثره في الدين كأبي حنيفة و اصحابه رحمهم الله تعالى فإنهم سلف لأتباعهم و الصحابة رضى الله تعالى عنهم و التابعونَّ سلف لأبي حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى (لظهور فسقه) و الفاسق لا تقبل شهادته (بخلاف من يكتمه) أي من يكتم سب السلف لأنه إذا اعتقد ذلك و لم يظهره و هو عدل في أفعاله فإن شهادته تقبل كذا في شرح الاقطع (و تقبل شهادة أهل الاهواء) أي أصحاب البدع كالخارجي و الرافضي و الجبري و القدري و المشبه و المعطل و سمي أهل البدع أهل الأهواء لميلانهم إلى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعي أو عقلي و

=> قرويا و أشهد بدويا قال أبو عبيدٌ و لا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى و الجفاء فى الدين و لنا أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى و يحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو و نخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته اه.

(١) البخيل و فى النهاية: الظاهر أنه أراد بالبخيل من يبخل بالواجبات كالزكاة و نفقة الزوجات و الأرقاب كذا فى السعدية. (٢) لا تقبل و فى البحر: و قولهم هنا بعدم القبول شامل لما إذا كان السب فسقا أو كفرا فيشمل سب الشيخين رضى الله تعالى عنهما فانه لا تقبل شهادة من سبهما لكونه كافرا كما فى الخلاصة و البزازية. (٣) سب السلف و فى البحر: و لو قال يظهر سب مسلم لكان أولى لأن العدالة تسقط بسب مسلم و إن لم يكن من السلف كما فى النهاية وغيرها. (٤) و أبو حنيفة رحمه الله تعالى و فى البحر: و عطف أبى حنيفة رحمه الله تعالى على التابعينّ إما عطف خاص على عام بناء على أنه منهم كما فى مناقب الكردرى و صرح به فى العناية أو ليس منهم بناء على ما صرح به شيخ الاسلام ابن حجرٌ فانه جعله من الطبقة السادسة ممن عاصر صغار التابعين و لكن لم يثبت له لقاء أحد من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ذكره فى تقريب التهذيب.

إلا الخطابية و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق و لنا أنه فسق من حيث الاعتقاد و ما أوقعه فيه إلا تدينه فيمتنع عن الكذب

الهوى محبوب النفس من هوى الشيء إذا أحبه و في الذخيرة تقبل شهادته إذا كان هوى لا يكفر (١) به صاحبه و لا يكون ماجنا و يكون عدلاً في تعاطيه و هو الصحيح و أصول أهل الأهواء ستة الجبر و القدر و الرفض و الخروج و التشبيه و التعطيل و كل واحد يصير اثني عشر فرقة فتبلغ إلى اثنين و سبعين فرقة (إلا الخطابية) لا تقبل شهادتهم و في شرح الاقطع اسم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسىَ و كان يزعم أن علياً رضي الله عنه الإله الأكبر و جعفر الصادق الإله الاصغر و كانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته بذلك و قيل الخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب المذكور قتله عيسى بن موسى المذكور و صلبه بالكنائس و في المغرب الخطابية من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الاجدع و قال أبو الحاتم الرازيّ إسم أبي الخطاب محمد بن أبي زينب الأسدي الأجدع و كان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر فلما مات اسماعيل رجعوا إلى القول بإمامة جعفر و غلوا في القول غلواً كبيراً و خرج أبو الخطاب في حياة جعفر بالكوفة فحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن العباس رضى الله تعالى عنه و أظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر و لعنه و دعا عليه و قتل هو و اصحابه كلهم و أما رواية الأخبار من أهل الاهواء اختلف فيه مشايخناّ و الأصح عندي لا تقبل كذا في المبسوط (٢) (و قال (٣) الشافعي رحمه الله تعالى لا تقبل) أى شهادة أهل الاهواء و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال (٤) أحمد رحمه الله تعالى لا تقبل شهادة ثلاثة منهم القدرية و الجهمية و الرافضية (لأنه أغلظ وجوه الفسق) لأن الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث التعاطي (و لنا انه) أي أن ما ذهبوا اليه (فسق من حيث الاعتقاد) لا من التعاطي (و ما أوقعه فيه) أي في ذلك الهوى (إلا تدينه) أي تعمقه في الدين بذلك الاعتقاد (فيمتنع عن الكذب) ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفراً فيكون ممتنعاً عن الكذب

---

(١) لا يكفر الخ فمن وجب إكفاره منهم فالأكثر على عدم قبوله كما في التقرير و في المحيط البرهاني: و هو الصحيح و ما ذكر في الأصل محمول عليه كذا في البحر (٢) المبسوط للسرخسيّ ص١٣٣ ج١٦. (٣) قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ و في فتح القدير: و ما نقله المصنفّ عن الشافعي رحمه الله تعالى هو قول مالك رحمه الله تعالى و أبي حامد من الشافعية و أما قول الشافعي رحمه الله تعالى فكقولنا بلا اختلاف اهـ و في المغني ص٣٠ ج١٢ و ظاهر قول الشافعي و ابن ابي ليلى و الثوري و أبي حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى قبول شهادة أهل الاهواء الخ. (٤) قال احمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني.

و صار كمن يشرب المثلث أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم و قيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم قال و تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض و إن اختلفت مللهم و قال مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى

(فصار) هذا (كمن يشرب المثلث) من الحنفية (أو يأكل متروك التسمية عامداً) من الشافعية حال كونه (مستبيحاً لذلك) أي معتقداً إباحته فإنه لا ترد شهادته كذا هذا كذا في المبسوط (بخلاف الفسق من حيث التعاطي) أي من حيث المباشرة حيث ترد شهادته (أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض) الغلاة بالضم جمع غالي من غلا فى الأمر يغلو غلواً أي جاوز فيه الحد (يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم) أي يعتقدون جواز الشهادة إذا حلف المدعي بين أيديهم أنه محق في دعواه و يقولون المسلم لا يحلف كاذباً (و قيل يرون الشهادة لشيعتهم) أي لكل من يذهب إلى مذهبهم و يعتقدون كاعتقادهم (واجبة) عليهم (فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم) فترد (قال) أي القدوريّ (و تقبل (١) شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض و إن إختلفت مللهم) أى ملل أهل الذمة كاليهود مع النصارى و الملل بالكسر جمع ملة و هي الدين و الشريعة و قال ابن أبى ليلىّ إن اتفقت مللهم تقبل و إن اختلفت لا تقبل كشهادة اليهود على النصراني و بالعكس (و قال (٢) مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى لا تقبل) أى شهادة الكافر (لأنه فاسق قال الله تعالى

---

(١) و تقبل الخ و فى الدرالمختار: و تقبل الشهادة من الذمى لو عدلا فى دينهم جوهرة على مثله إلا فى خمس مسائل اه و فى ردالمحتار: و هى ما إذا شهد نصرانيان على نصرانى أنه قد أسلم حيا كان أو ميتا فلا يصلى عليه بخلاف ما إذا كانت نصرانية كما فى الخلاصة و ما إذا شهدا على نصراني ميت بدين و هو مديون مسلم و ما إذا شهدا عليه بعين اشتراها من مسلم و ما إذا شهد أربعة نصارى على نصراني أنه زنى بمسلمة إلا إذا قالوا استكرهها فيحد الرجل وحده كما فى الخانية و ما إذا ادعى مسلم عبدا فى يد كافر فشهد كافران أنه عبده قضى به فلان القاضى المسلم له كذا فى الاشباه و النظائر مدنى. (٢) قال مالك رحمه الله تعالى الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبليّ ص ٥١ ج١٢ قال أى الخرقىّ (و تجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب فى الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم) و قال أبو حنيفة و مالك و الشافعى رحمهم الله تعالى لا تقبل و قال أى الخرقىّ (و لا تجوز شهادتهم فى غير ذلك) مذهب أبى عبد الله رحمه الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل فى شئ على مسلم و لا كافر غير ما ذكرنا رواه عنه نحو من عشرين نفسا و ممن قال لا تقبل شهادتهم الحسن و ابن أبى ليلى و الاوزاعى و مالك و =>

﴿و الكافرون هم الفاسقون﴾ فيجب التوقف في خبره و لهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد و لنا ما روى أن النبي عليه الصلاة و السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض

﴿و الكافرون (١) هم الفاسقون﴾ فيجب التوقف في خبره) بالنص (و لهذا) أي و لكونه فاسقاً (لا تقبل شهادته) أي شهادة الكافر (على المسلم فصار كالمرتد) في عدم قبول شهادتهم لأن الشهادة من باب الولاية و الكرامة و الكافر من أهل الإهانة فلا تقبل شهادته كالمرتد و الحربي (و لنا ما روى أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض) هذا حديث غريب لم يثبت بهذا اللفظ و إنما روى (٢) ابن ماجة في سننه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض و في (٣) مجالد مقال و قال (٤) مخرج الأحاديث هذا أي الحديث الذي ذكره المصنف غير مطابق للحكمين و لو قال أهل الكتاب عوض النصارى لكان أولى و موافقاً للحكمين أعني اتحاد الملة و اختلافها

=> الشافعي و أبو ثور رحمهم الله تعالى و ذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودى على النصرانى و النصرانى على اليهودى هذا قول حماد و سوار و الثورى و البتى و أبى حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و عن قتادة و الحكم و أبى عبيد و إسحاق رحمهم الله تعالى تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض و لا تقبل شهادة يهودى على نصرانى و لا نصرانى على يهودى و روى عن الزهرى و الشعبى رحمهما الله تعالى كقولنا و كقولهم اه ملخصا و فى الجوهر النقى ص١٦٢ ج١٠ و فى الاشراف لابن المنذر و ممن رأى أن شهادة أهل الذمة جائزة بعضهم على بعض شريح و عمر بن عبد العزيز و الزهرى و قتادة و حماد بن أبى سليمان و الثورى و النعمان رحمهم الله تعالى اه. (١) و الكافرون هم الفاسقون و فى النهاية: النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخى قال تعالى للكافرين هم الفاسقون إذ الذى فى القرآن و الكافرون هم الظالمون كذا فى فتح القدير. (٢) روى ابن ماجة فى الشهادات باب شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض ص١٧٣. (٣) و فى مجالد مقال قلت: قال البخارى: صدوق و أخرج له مسلم مقرونا و أخرج له الأربعة و قال ابن عدى: له عن الشعبى عن جابر رضى الله تعالى عنه أحاديث صالحة و عن غير جابر رضى الله تعالى عنه و عامة ما يرويه غير محفوظة و قال يعقوب بن سفيان: تكلم الناس فيه و هو صدوق كذا فى التهذيب ص٤١ ج١٠ فظهر منه أن الحديث حسن صحيح على شرط مسلم كذا فى الاعلاء ص٢٤٧ ج١٥ و قال العلامة ابن التركمانى فى الجوهر النقى ص١٦٢ ج١٠ علله البيهقى بأن غير مجالد رواه عن الشعبى عن شريح من قوله قلت: يحمل على أن الشعبى رواه عن جابر رضى الله تعالى عنه مرفوعا و كان شريح فقيها يرى ذلك فأفتى به فسمعه الشعبى منه فرواه مرة أخرى عنه اه. (٤) قال مخرج الأحاديث أى العلامة الزيلعى فى نصب الراية ص٨٥ ج٤.

و لأنه من أهل الولاية على نفسه و على أولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه و الفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه و الكذب محظور الأديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له و بخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالإضافة إليه و لأنه يتقول عليه لأنه

كما أخرجه ابن ماجة ثم حكي عن شيخه علاء الدين رحمه الله أنه قال و يؤخذ من بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى و احتج له مقلداً لغيره بحديث رواه (١) أبوداود بالإسناد المذكور عن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه قال جاء ت اليهود برجل و امرأة منهم زنيا فيقال إئتوني بأعلم رجلين منكم فأتوه بإبني صوريا فنشد هما كيف تجدان أمر هذين في التوارة قالا نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما أن ترجموهما قالا ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعى رسول الله ﷺ بالشهود فجاؤا بأربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة فأمر رسول الله ﷺ برجمهما انتهى قال مخرج الأحاديث وجدت في نسخة علاء الدين بخط يده فدعى باليهود و هو تصحيف و انما هو فدعى بالشهود كشفته من نحو عشرين نسخة و رواه كذلك إسحاق بن راهويه و أبو يعلى الموصلي و البزار في مسانيدهم و الدار قطني في سننه و كلهم قالوا فدعى بالشهود (و لأنه) أي و لأن الذمي (من أهل الولاية على نفسه و على أولاده الصغار) و كل من هو كذلك (فيكون من أهل الشهادة على جنسه) فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم (و الفسق من حيث الإعتقاد غير مانع) هذا جواب عن قوله لأنه فسق و تقريره أن الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الإعتقاد و الثاني ممنوع و الأول مسلم أشار اليه بقوله (لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه و الكذب محظور الأديان) و في بعض النسخ محظور الأديان كلها (بخلاف المرتد) جواب عن قوله و صار كالمرتد (لأنه لا ولاية له) على نفسه و لا على أولاده و هي ركن الدليل (و بخلاف شهادة الذمي على المسلم) جواب عن قوله و لهذا لا تقبل شهادته على المسلم (لأنه) أي لأن الذمي و في النهاية الضمير في لأنه للشأن أي لأن الشأن أن (لا ولاية له) أى (بالإضافة اليه) أي إلى المسلم يعني ولايته بالنسبة إلى المسلم معدومة و به احترز عن الإضافة إلى الكافر فإن له ولاية على ذمي آخر أو حربي (و لأنه) جواب آخر أي و لأن الذمي (يتقول عليه) أي يفتري على المسلم (لأنه) قال

---

(١) رواه أبوداؤد في الحدود باب في رجم اليهوديين ص ٢٦٤ ج٢ و الدار قطني في النذور ص١٦٩ ج٤.

يغيظه قهره إياه و ملل الكفر و إن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال و لا تقبل شهادة الحربي على الذمي أراد به و الله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لان الذمي من أهل دارنا و هو أعلى حالاً منه و يقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه و على الذمي و تقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة و إن كانوا من دارين كالروم و الترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية و لهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي

الكاكي أي لأن المسلم و في النهاية الضمير للشأن أي لأن الشأن هو (يغيظه) أي يغيظ الذمي أي يسخطه (قهره إياه) أي قهر المسلم الذمي فإن قهر المسلم إياه يحمل على التقول على المسلم (و ملل الكفر و إن اختلفت فلا قهر) هذا جواب عن سؤال يرد على أصل المسألة و هو قوله و تقبل شهادة بعضهم على بعض و إن اختلفت مللهم بأن يقال المعاداة ظاهرة بين اليهود و النصارى و هم غير محقين في ذلك قال تعالى ﴿و قالت (١) اليهود ليست النصارى على شيء﴾ الآية فينبغي أن يقبل كما هو مذهب ابن أبي ليلى فأجاب عنه بقوله و ملل الكفر و إن اختلفت فلا قهر يعني و إن اختلفت مللهم لم يقهر بعضهم بعضا لأنهم مقهورون تحت أيدي المسلمين و يعطون الجزية فلا قهر (فلا يحملهم الغيظ على التقول) أي على التقول على المسلمين (قال) أي القدوري (و لا تقبل شهادة الحربي على الذمي أراد به و الله أعلم المستأمن) إنما قيد به لأن الحربي لو دخل بغير استئمان يؤخذ قهراً و يسترق و يصير عبداً فلا تقبل شهادة العبد على أحد (لأنه) أي لأن الحربي المستأمن (لا ولاية له عليه) أي على الذمي (لأن الذمي من أهل دارنا) و المستأمن من أهل دار الحرب و اختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية (و هو) أي الذمي (أعلى حالاً منه) أي من المستأمن لأن الذمي أقرب إلى الإسلام منه و لهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن (و يقبل شهادة الذمي عليه) أي على المستأمن و ذلك معلوماً بالنسبة اليه يجعله ولاية عليه (كشهادة المسلم عليه) أي على المستأمن (و على الذمي) أي و كشهادة المسلم على الذمي (و تقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة) يعني تقبل شهادة بعضهم على بعض بشرط اتحاد دارهم لأن للاتحاد تأثيراً في ذلك (و إن كانوا من دارين) مختلفين (كالروم و الترك لا تقبل) أي شهادة بعضهم على بعض (لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية) و العصمة (و لهذا يمنع التوارث) عند اختلاف الدارين (بخلاف الذمي) هذا جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع

(١) و قالت اليهود الآية البقرة:١١٣.

لأنه من أهل دارنا و لا كذلك المستأمن و إن كانت الحسنات أغلب من السيئات و الرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته و إن ألم بمعصية هذا هو الصحيح

الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت و تقرير الجواب أن يقال إن الذمي يخالفه (لأنه من أهل دارنا) و من هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر و لا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه (و لا كذلك المستأمن) لأنه ليس من أهل دارنا و فيه اشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأمنين (قال) أي القدوري (و إن (١) كانت الحسنات أغلب من السيئات) يعني الصغائر (و الرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته و إن ألم بمعصية) أي و إن اذنب بمعصية صغيرة و ألم مشتق من اللمم و هو ما دون الفاحشة من صغار الذنوب و في تهذيب الديوان ألم من اللمم و هو دون الكبيرة من الذنوب و في الذخيرة الحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة و ارتكاب الصغيرة لا توجب سقوطها إلا أن يصر على الصغيرة تصير كبيرة بالإصرار لأن أحداً من الناس لا يخلو عن صغيرة و لهذا روي أنه عليه الصلاة و السلام قال إن تغفر اللهم تغفر جما و أيّ عبد لك لا ألما انتهى قلت كيف نسب هذا إلى النبي ﷺ و قد ذكر العتبى في غريب الحديث من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب عن مسلم بن أبي طرفة الهذلي أنه قال مر أبو خراش يسعى بين الصفا و المروة و هو يقول:

لا هُمّ هذا خامس إن تما   أتمه الله و قد أتما
إن تغفر اللهم تغفر جما   و أيّ عبد لك لا ألما

و كذلك نسب البيت في تهذيب الديوان إلى أبي خراش و لكن قال أبو سليمان الخطابي في شرح صحيح البخاري في كتاب الصوم أنه قول أمية (هذا هو الصحيح) أي المذكور من كون الحسنات

---

(١) و إن كانت الخ أشار هنا إلى العدالة فانها شرط قبول الشهادة و هي الاستقامة و هي بالاسلام و اعتدال العقل و يعارضه هوى يضله و يصده و ليس لكمالها حد يدرك مداه و يكتفي لقبولها بأدناه كيلا يضيع الحقوق و هو رجحان جهة الدين و العقل على الهوى و الشهوة و أحسن ما قيل فيه ما عن أبي يوسف رحمه الله تعالى العدل أن يكون مجتنبا للكبائر غير مصر على الصغائر و أن تكون مروء ته ظاهرة فعدمها مفوت لها و زاد في المحيط أن يعتاد الصدق و يجتنب الكذب ديانة و مروء ة و في الو لوالجية: و ينبغي أن يكون الشاهد مسنا عفيفا ذا مال ذا فضل لأنه إذا كان كذلك لا يطمع في أموال الناس و يستحيي من إرتكاب ما لا يحل في الشرع فكان أولى بالاستشهاد اه و به يعلم من ينصبه القاضي شاهدا بين الناس كذا في البحر.

في حد العدالة المعتبرة إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها و بعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فأما الإمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه و هو مفتوح إحياء للحقوق.

أكثر من السيئات و الرجل ممن يجتنب الكبائر هو الصحيح (في حد العدالة المعتبرة) في الشرع (إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها) و قد مر بيان الكبيرة مع الاختلاف فيها (و بعد ذلك) أي بعد التوقي عن الكبائر كلها (يعتبر الغالب) يعني في حق الصغائر فإن كان غالب أحواله الإتيان بما هو مأذون به شرعاً و إن لم يخل عن الصغيرة كان جائز الشهادة (كما ذكرنا) أراد به قوله و إن كانت الحسنات أغلب من السيئات ...... إلى آخره (فأما الإلمام بمعصية) من الصغائر (لا ينقدح به العدالة المشروطة) في الشرع (فلا يرد به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل) أي الصغائر كلها أو جميع الذنوب كلها (سد بابه) أي باب الشهادة و التذكير باعتبار المذكور لأن أحداً لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر و الصغائر إلا الأنبياء صلوات الله و سلامه عليهم فلو اشترط الاجتناب عن جميع ذلك في العدالة انسد باب الشهادة (و هو) أي باب الشهادة (مفتوح إحياء) أي لأجل الإحياء (للحقوق) أي لحقوق الناس فروع: في أدب القاضي و إذا ترك الرجل الصلاة بالجماعة استخفافاً لم تقبل شهادته قال أبو بكر الرازيّ لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء لأن الاستهزاء من الشرائع كفر و في الفتاوى الصغرى تفويت الجماعة كما يفعله العوام و كذا ترك الجمعة من غير عذر تسقط العدالة و ذكر الخصافّ في موضعين فذكر في احدهما الترك ثلاثاً و هو الذي اختاره شمس الأئمة السرخسيّ و لم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك قال من ترك الجمعة رغبة عنها على غير تأويل فشهادته غير جائزة و هو الذي اختاره شمس الأئمة الحلوانيّ و أما إذا تركها لمرض أو لبعد المصر أو يتأول بأن كان الإمام فاسقا لا تسقط عدالته و قال الكاكيّ التأويل أن يكون الإمام ظالماً أو يؤخر الأداء و هو يعتقد في أول الوقت قال الاسبيجابيّ من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر و من خرج للنظر عند قدوم الأمير لا تقبل شهادته و عن شداد أنه رد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في نفقة طريق مكة و قال الخصافّ ركوب البحر للتجارة و التفرج مسقط للشهادة و كذا التجارة إلى أرض الكفار و قرى فارس و أشباهها لأنه مخاطر بدينه و نفسه ليتناول مالاً فلا يؤمن أن يكذب و يأخذ المال و قرى فارس يطعمونه الربا و قيل من سمع الأذان و انتظر الإقامة سقطت عدالته و من أخذ سوق النخاسين مقاطعة و أشهد على

قال و تقبل شهادة الأقلف لانه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه إستخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً قال و الخصي

وثيقتها شهوداً فلو شهدوا حل لهم اللعن لأنه شهادة على الباطل و كذا لو شهدوا على إقراره و هكذا لو شهدوا في كل اقرار بناء على باطل و الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته إلا بعد ستة أشهر و قيل بعد سنة قال الفضليّ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال أزكيه بعد ستة أشهر ثم رجع و قال بعد سنة و قال محمد رحمه الله تعالى لا يسعه ما لم يمتحنه في العقود و ترك الأمانة و قيل لا يكفيه ذلك ما لم يمتحنه في كل الأمانات مراراً و لو عرف عدالته ثم انقطع عنه إن لم يتطاول الوقت وسعه أن يزكيه بتلك المعرفة و إلا فلا و مدة التطاول قيل ستة أشهر و قيل سنة و قيل من وقت في التزكية فهو مخطئ و هذا على ما يقع في القلب فربما يعرف أحد في شهر و الآخر لا يعرف في سنة (قال) أي القدوريّ (و تقبل شهادة الاقلف) و هو الذي لم يختن (لأنه) أي لأن ترك الختان (لا يخل بالعدالة) لأن الختان سنة عند علمائنا و ترك السنة لا يخل بالعدالة و به قال مالك رحمه الله تعالى و قال الشافعي رحمه الله تعالى في ظاهر مذهبه و أحمد رحمه الله تعالى أنه واجب (إلا إذا تركه) أي الختان (إستخفافا بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً) و أما إذا تركه بعذر لا تسقط عدالته و العذر في ذلك الكبر و خوف الهلاك و أبو حنيفة رحمه الله تعالى لم يقدر للختان وقتاً معيناً إذ المقادير بالشرع و لم يرد في ذلك نص و لا إجماع و المتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر و بعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع إن احتمل الصبي ذلك و لم يهلك لما روي أن الحسن و الحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع و لكنه شاذ كذا ذكره في الذخيرة و عن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله تعالى لا حتى يصير ابن عشر سنين لأنه حينئذ أمر بالضرب على ترك الصلاة و قال أصحابه ختانه يجب عليه بعد بلوغه و يستحب في اليوم السابع و قال أبو بكر الرازيّ فإن كان لا يخاف فتركه تهاوناً بالسنة فإنه يصير فاسقاً و لا تقبل شهادته و روى (١) عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال الأ قلف لا تجوز شهادته و لا تقبل له صلاة و لا تؤكل له ذبيحة هكذا في فتاوى الولوالجي و قال الشيخ أبو نصر البغداديّ و إنما أراد به المجوسي (قال) أي القدوريّ (و الخصي) أي و تقبل شهادة الخصي (٢) على وزن فعيل و هو

(١) روى الخ قلت رواه ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في الأقضية (باب) في شهادة الأقلف ص٣٣٩ ج٧ و رواه عبد الرزاقّ في الحج باب ذبيحة الأقلف الخ ص٤٨٣ ج٤ فقال أخبرنا معمر عن قتادة قال كان ابن عباس رضى الله تعالى عنه يكره ذبيحة الأغرل (أى الأقلف) و يقول لا تجوز شهادته و لا تقبل صلاته. (٢) الخصي الخ =>

فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي

منزوع الخصيتين يقال خصاه أي نزع خصيبه و الخصي يجمع على خصيان (فإن عمر رضى الله تعالى عنه قبل شهادة علقمة الخصي) على قدامة بن مظعون رضى الله تعالى عنه و رواه (١) ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في مصنفه حدثنا ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين أن عمر رضي الله تعالى عنه أجاز شهادة علقمة الخصي علي ابن مظعون رضى الله تعالى عنه انتهى و قدامة رضى الله تعالى عنه (٢) بن مظعون بن حبيب القرشي الجمحي من الصحابة شهد بدراً و سائر المشاهد استعمله عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه على البحرين ثم عزله و هو خال عبد الله و حفصة ابني عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه مات سنة ست و ثلاثين و هو ابن ثمان و ستين سنة و

=> و في تاج العروس مع القاموس: (الخصي و الخصية بضمهما و كسرهما من أعضاء التناسل و هاتان خصيتان و خصيان ج خصى) قال الجوهري الخصية واحدة الخصي و كذلك الخصية بالكسر قال أبو عبيدة سمعت خصية بالضم و لم أسمع خصية بالكسر و سمعت خصياه و لم يقولوا خصي للواحد قال أبو عمرو و الخصيتان البيضتان و الخصيان الجلدتان اللتان فيهما البيضتان (و خصاه خصاء) ككتاب هكذا في سائر النسخ و هو صحيح لأنه عيب و العيوب تجئ على فعال مثل العثار و النفار و العضاض و ما أشبهها و في بعض الأخبار الصوم خصاء و بعضهم يرويه وجاء و هما متقاربان (سل خصييه) يكون في الناس و الدواب و الغنم يقال برئت إليك من الخصاء و قال الليث الخصاء أن تخصى الشاة و الدابة خصاء ممدود (فهو خصي) على فعيل و يقولون خصي نصي اتباع عن اللحياني (و مخصي) كمرمي (ج خصية و خصيان) بكسرهما قال سيبويه شبهوه بالاسم نحو ظليم و ظلمان يعني أن فعلانا انما يكون بالغالب جمع فعيل اسما اه ملخصا. (١) رواه ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في الأقضية (باب) في شهادة الخصي ص ٣١١ ج٧ فان قلت يعارضه ما أخرجه عبد الرزاق أن عمر رضى الله تعالى عنه حد قدامة رضى الله تعالى عنه بشهادة جارود و أبي هريرة رضى الله تعالى عنهما و تصديق امرأة قدامة رضى الله تعالى عنه و ليس فيه ذكر لعلقمة الخصي كما في نصب الراية ص٨٦ ج٤ و قال ابن حجر في الفتح: سنده صحيح قلت إن أمكن التوفيق فيها و إلا فالترجيح لما رواه ابن سيرين لأنه تابعه عليه أبو المتوكل (كما في الحلية لأبي نعيم) و لم يتابع رواية عبدالرزاق ثم المسألة ثانية من الأصول لأن الخصا لا دخل له في رد الشهادة فالأثر المذكور للاستشهاد لا للاثبات فافهم قال العبد الضعيف: و قد أخرج أبو علي بن السكن من طريق علي بن عاصم عن أبي ريحانة عن علقمة الخصي يقول لما قدم الجارود على عمر رضى الله تعالى عنه قال إن قدامة رضى الله تعالى عنه شرب الخمر قال من يشهد معك؟ قال علقمة الخصي قال فأرسل إلى عمر رضى الله تعالى عنه فقال أتشهد على قدامة رضى الله تعالى عنه ؟ فقلت إن أجزت شهادة خصي قال أما أنت فإنا نجيز شهادتك فقلت أنا أشهد على قدامة رضى الله تعالى عنه انى رأيته تقيأ الخمر قال عمر رضى الله تعالى عنه لم يقأها حتى شربها الحديث كذا في الإصابة ص٢٢٩ ج٣ و أخرج ابن حزم في المحلى ص١٤٨ ج١١ من طريق سحنون ثنا ابن وهب أنا السرى بن يحيى حدثنا الحسن البصري فذكره نحوه فهذه طرق عديدة تؤيد أثر ابن سيرين رحمه الله تعالى و دلالتها على جواز شهادة الخصي إذا كان عدلا ظاهرة و لا دلالة فيها على جواز إقامة الحد بمجرد الشهادة على تقيء الخمر. (٢) قدامة بن مظعون رضى الله تعالى عنه راجع لمعرفة أحواله مبسوطة "الاصابة في تمييز الصحابة" ص٢٢٨ ج٣.

و لأنه قطع عضو منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده قال و ولد الزنا لان فسق الأبوين

قصته طويلة ملخصها أن الجارود سيد عبد القيس بن البحرين شهد على قدامة رضى الله تعالى عنه أنه يشرب الخمر قال عمر رضى الله تعالى عنه هل معك شاهد آخر قال علقمة الخصي إني أشهد أني قد رأيته يقيئها ثم ان عمر رضي الله تعالى عنه جلد قدامة رضى الله تعالى عنه الحد (و لأنه) أي و لأن الخصي (قطع عضو منه ظلماً فصار كما إذا قطعت يده) فإن قطع سائر الأعضاء لا يسقط العدالة فكذا هذا (قال) أي القدوري (و ولد الزنا) أي تقبل (١) شهادة ولد الزنا (لأن فسق الأبوين

(١)و تقبل الخ أقول ذهب أكثر أهل العلم إلى أن شهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره إذا كان عدلا منهم عطاء و الحسن و الشعبي و الزهري و الشافعي و اسحاق و أبو عبيد و أبو حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و قال مالك و الليث: لا تجوز شهادته في الزنا وحده لأنه متهم فإن العادة في من فعل قبيحا أنه يحب أن يكون له نظراء و حكى عن عثمان أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين و لنا: عموم الآيات و أنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره و من قبلت شهادته في القتل كولد الرشدة قال ابن المنذر: و ما احتجوا به غلط من وجوه: أحدها أن ولد الزنا لم يفعل قبيحا يحب أن يكون له نظراء فيه و الثاني: أنني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتا عنه و أشبه ذلك أن لا يكون ثابتا عنه و غير جائز أن يطلق عثمان كلاما بالظن عن ضمير امراة لم يسمعها تذكره (و فيه أنه لم يقل ذلك عن امرأة بعينها و إنما ذكر عادة أهل السوء أنهم يودون أن يكون الناس كلهم أهل السوء أمثالهم و هذا مما لا ينكره من وقف على العادات فإن كل إناء يترشح بما فيه) الثالث: أن الزاني لو تاب لقبلت شهادته و هو الذى فعل القبيح فإذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه و ما يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه مع أن ولده لا يلزمه شئ من وزره لقول الله تعالى: ﴿و لا تزر وازرة وزر أخرى﴾ و ولد الزنا لم يفعل شيئا يستوجب به حكما كذا في المغنى ص٧٣ ج١٢ أقول و للمجهور أيضا ما روى عن عروة بن الزبير قال: بلغ عائشة رضى الله تعالى عنها أن أبا هريرة رضى الله تعالى عنه يقول: إن رسول الله ﷺ قال: لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلى من أن أعتق ولد الزنا و إن رسول الله ﷺ قال: ولد الزنا شر الثلاثة و أن الميت يعذب ببكاء الحي فقالت عائشة: رحم الله أبا هريرة ! أساء سمعاً فأساء إصابةً أما قوله: لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلى من أن أعتق ولد الزنا أنها لما نزلت: فلا اقتحم العقبة و ما أدراك ما العقبة قيل: يا رسول الله ما عندنا ما نعتق إلا أن أحدنا له جارية سوداء تخدمه و تسعى عليه فلو أمرنا هن فزنين فجئن بالأولاد فأعتقناهم فقال رسول الله ﷺ: لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب إلى من أن آمر بالزنا ثم أعتق الولد و أما قوله: ولد الزنا شر الثلاثة فلم يكن الحديث على هذا إنما كان رجل من المنافقين يؤذى رسول الله ﷺ فقال: من يعذرني من فلان قيل: يا رسول الله مع ما به ولد زنا فقال رسول الله ﷺ : هو شر الثلاثة و الله عزوجل يقول: ﴿و لا تزر وازرة أخرى﴾ الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك (٢: ٢١٥) و قال: صحيح على شرط مسلم و قال الذهبي: كذا قال و فيه سلمة بن الفضل (الأبرش) لم يحتج به مسلم و قد وثق اه قلت: و ثقه ابن معين و هو أقعد الناس بهذا الشأن و ثبته جرير في ابن إسحاق و قال ابن سعد: كان ثقة صدوقاً و قال أبو داود رحمه الله تعالى: ثقة و قال أحمد رحمه الله تعالى: لا أعلم إلا خيراً و قال ابن عدى أحاديثه متقاربة محتملة و قال أبو حاتم: محله الصدق يكتب حديثه و لا يحتج به و ذكره ابن حبان في الثقات و تكلم فيه ابن المديني و إسحاق بن راهويه كما في التهذيب ص١٥٣ ج٤.

لا يوجب فسق الولد ككفرهما و هو مسلم و قال مالك رحمه الله تعالى لا تقبل في الزنا لانه يجب أن يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك و لا يستحبه و الكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل أو امرأة و شهادة الجنسين مقبولة بالنص قال و شهادة العمال جائزة و المراد عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم و قيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروء ة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الفاسق

لا يوجب فسق الولد ككفرهما) أى ككفر أبويه (و هو مسلم) أى و الحال أن الولد مسلم فلا يؤاخذ بكفرهما قال عزوجل "و لا تزر (١) وازرة وزر أخرى" (و قال مالك رحمه الله تعالى لا تقبل) أي شهادة ولد الزنا (في الزنا) أي في الشهادة على الزنا (لأنه يجب أن يكون غيره كمثله) و الكاف زائدة كما في قوله تعالى "ليس (٢) كمثله" (فيتهم) فلا تقبل (قلنا العدل لا يختار ذلك) أي لا يختار أن يكون غيره مثله (و لا يستحبه و الكلام في العدل) يعني الكلام في قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً لأن فسق أبويه لا يضره كما ذكرناه (قال) أي القدوري (و شهادة الخنثى جائزة) و الخنثي هو الذي له آلة الرجل و آلة المرأة (لأنه) أي لأن الخنثى (رجل أو امرأة و شهادة الجنسين مقبولة بالنص) قال الله عزوجل "و استشهدوا (٣) شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان" و يشهد مع رجل و امرأة للاحتياط و ينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود و القصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة (قال) أي القدوري (و شهادة العمال) بضم العين و تشديد الميم جمع عامل (جائزة) هى من مسائل الجامع الصغير و صورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه كان يجيز شهادة العمال قال المصنف (و المراد عمال السلطان) يعني الذين كانوا أعوان السلطان في ذلك العصر لأن الصلاح كان غالباً عليهم و هذا (عند عامة المشايخ) لأنهم كانوا يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج و زكاة السوائم (لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم) كما في زماننا فلا تقبل شهادتهم لأن الظلم غالب فيهم و انظر إلى عمال سلطان مصر هل ترى أظلم منهم و مع ظلمهم اكثرهم فسقة (و قيل العامل إذا كان وجيهاً) أي ذا وجاهة و شرف (في الناس ذا مروء ة) أي إنسانية (لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في اوائل كتاب الشهادات (في الفاسق) أى في

---

(١) و لا تزر الآية الأنعام: ١٦٤ و فاطر: ١٨. (٢) ليس كمثله الآية الشورى: ١١. (٣) و استشهدوا الآية البقرة: ٢٨٢.

لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروء ة و لمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال و إذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان و الوصي يدعي ذلك فهو جائز استحساناً و إن أنكر الوصي لم يجز و في القياس لا يجوز و إن ادعى و على هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد

شهادة الفاسق (لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروء ة و لمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) لأنه يأنف عن ذلك حفظا على حرمته و قال قاضي خانْ و قيل أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم و يؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من لا تقبل شهادة أهل الصناعات الخسيسة و إنما أورد هذا رداً لهذا القول لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده فلا يوجب ذلك جرحاً و ذكر الصدر الشهيدْ أن شهادة (١) الرئيس لا تقبل و كذا الجابى و الصراف الذي يجمع عنده الدراهم و يأخذها طوعاً لا تقبل (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان و الوصي (٢) يدعي ذلك) أي الوصاية (فهو جائز استحساناً و إن انكر الوصي) أي الوصاية (لم يجز) أي شهادتهما (و في القياس لا يجوز و إن ادعى) أي الوصاية و هنا خمس مسائل أحدها ما ذكره بقوله و إذا شهد الرجلان إلى آخره. و أشار إلى الاربعة الاخرى بقوله (و على هذا) أي على ما ذكر من الجواز عند دعوى الوصي بذلك و عدمه عند عدم دعواه بذلك. الاولى من الاربعة: هو قوله (إذا شهد الموصى لهما بذلك) أي بأن أباهما أوصى إلى فلان توضيحه أن الموصى لهما بشيء من المال شهد أن الميت اوصى إلى زيد مثلاً يكون وصياً على اولاده و أمواله. الثانية: هو قوله (أو غريمان لهما على الميت) أي أو شهد الغريمان لهما على الميت دين و الضمير في لهما يرجع إلى الغريمين. الثالثة: هو قوله (أو للميت عليهما دين) أي أو شهد الغريمان للميت عليهما أي على الغريمين دين و قوله دين يشمل هذه و المسألة التي قبلها أيضاً. الرابعة: هو قوله (أو شهد

---

(١) شهادة الرئيس الخ و المراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى فى بلادنا شيخ البلد و مثله المعرفون فى المراكب و العرفاء فى جميع الأصناف و ضمان الجهات فى بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم و قدمنا عن البزدوى أن القائم بتوزيع هذه النوائب السلطانية و الجبايات بالعدل بين المسلمين مأجور و ان كان أصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته كذا فى فتح القدير. (٢) و الوصى يدعى الخ و المراد من الدعوى فى قوله و الوصى يدعى هو الرضا إذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضى أن ينصب وصيا إذا رضى هو به كذا فى السعدية معزيا إلى شرح الجامع الصغير لمولانا علاء الدين الاسودْ.

الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان طالباً و الموت معروفاً فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء فصار كالقرعة و الوصيان إذا أقرا أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما إذا أنكر

الوصيان أنه) أي أن الميت (أوصى إلى هذا الرجل معهما) أي مع الوصيين و يشهد كل فريق أن الميت اوصى إلى هذا و هو يدعي ذلك جازت الشهادة إستحسانا و لا يجوز قياسا و لو انكر الوصي ذلك لم يجز ذلك قياساً و استحساناً (وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه) و هذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يتصرف لهما و يقوم بإحياء حقوقهما و الغريمين قصدا من يستوفيان منه حقهما أويبرآن بالدفع اليه و الوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت و الموصى لهما قصدا نصب من يدفع اليهما حقوقهما فكان الكل يجران إلى أنفسهما نفعا بشهادتهما فترد و به قالت الأئمة الثلاثة لأن شهادة الجار لنفسه نفعاً لا تقبل بالإجماع (وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي إذا كان) أي الوصي (طالباً) أى طالبا للنصب و راضيا به (و الموت معروفاً) يعني ظاهرا لان القاضي لا يثبت له بهذه الشهادة ولاية لم تكن (فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين) لان القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصاية لامانته و ديانته و هدايته أم لا و هما بهذه الشهادة زكياه و أخبرا القاضي بأنه أهل لذلك فكفى مؤنة تعيين الوصي (لا أن يثبت بها شيء) أي بهذه الشهادة شيء يعني من ولاية لم تكن (فصار) هذا (كالقرعة) في أنها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي لدفع التهمة و اراد به القرعة التي بعد القسمة لتعيين الانصباء و أنها ليست بحجة و مع هذا يجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذا هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين لا أن تثبت شيئاً لم يكن فافهم (و الوصيان إذا أقرا) هذا جواب عما يقال ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له و تقرير الجواب أن الوصيين إذا أقرا يعني إذا اعترفا (أن معهما ثالثاً) أي وصياً ثالثاً و اعترافهما بذلك لاجل عجزهما فحينئذ (يملك القاضي نصب ثالث) أي وصى ثالث (معهما) أي مع الوصيين (لعجزهما عن التصرف بأعترافهما) أي العجز عن التصرف لعدم استقلالهما به (بخلاف ما إذا أنكر) أي الوصي

أو لم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة و في الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة و إن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما و إن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما و هي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح و لا يحكم بذلك لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الرفع (١) بالتوبة فلا يتحقق الإلزام

(أو لم يعرف الموت) لا تقبل الشهادة (لانه) أي لان القاضي(ليس له ولاية نصب الوصي)بغير رضاه أو برضاه و الموت ليس بمعروف (فتكون الشهادة هي الموجبة) أي لثبوت الوصاية فلا تقبل بسبب التهمة (و في الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة و إن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران على أنفسهما) بحق قبض الدين فانتفت التهمة لإن ضررهما في ذلك اكثر من نفعهما فكانت الشهادة على انفسهما و شهادة الإنسان على نفسه مقبولة و هي الإقرار (فيثبت الموت باعترافهما في حقهما) أي يثبت موت رب الدين باقرار الغريمين في حقهما (و إن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل) أي الوكالة (أو أنكر) أي الوكالة (لم تقبل شهادتهما لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت) أي التوكيل (إنما يثبت بشهادتهما و هي) أي هذه الشهادة (غير موجبة) للثبوت (لمكان التهمة) لأنهما يشهدان لأبيهما (قال) أي القدوريّ (و لا يسمع القاضي الشهادة على جرح) أي جرح مجرد و هو ما يتضمن لفسق الشهود من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو حق من حقوق العباد نحو أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة أو أكلة ربا أو شربة خمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو على إقرارهم أنهم أجراء في أداء هذه الشهادة أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو على إقرارهم أنه لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل شهادتهم (و لا يحكم) أي القاضي (بذلك) أي بالجرح المجرد (لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له) أي للمقضى عليه (الرفع بالتوبة) أي رفع الحكم و الإلزام بإظهار التوبة و سماع الشهادة انما هو بالحكم و الإلزام (فلا يتحقق الإلزام) لذلك و قال الكاكيّ قيل قوله و لا يحكم بذلك تكرار لأنه يفهم بقوله لا يسمع القاضي الشهادة على جرح أجيب بأنه ممكن أن لا يسمع

---

(١) الرفع. ن. الدفع.

و لأن فيه هتك الستر و الستر واجب و الإشاعة حرام و إنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق و ذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم قال و لو أقام المدعي عليه البينة أن المدعي

الشهادة و يحكم بعلمه في صورة فجاز الانفكاك بينهما في الجملة أو رده لنفي الاحتمال في هذه الصورة (و لأن فيه) أي في الجرح المجرد (هتك الستر) و هو إظهار الفاحشة (و الستر واجب و الاشاعة) أي إشاعة الفاحشة (حرام) بالنص و هو قوله تعالى ﴿إن الذين (١) يحبون أن تشيع الفاحشة ...... الآية﴾ فيكون الشاهد فاسقاً بهتك واجب الستر و تعاطي إظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم (و انما يرخص) أى فى اشاعة الفاحشة (ضرورة (٢) إحياء الحقوق و ذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا) استثناء (٣) من قوله لأن الفسق و هو منقطع أى لكن إذا شهد شهود المدعى عليه (على إقرار المدعي بذلك) أي بالجرح بأنه أقر أن شهودي فسقة فإنها تقبل (لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم) و لم يظهروا الفاحشة و إنما حكوها عن غيرهم و هو المدعي و الحاكي لإظهارها ليس كمظهرها و في بعض النسخ و لو شهدوا على إقرار المدعي بذلك تقبل (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و لو أقام المدعي عليه البينة أن المدعي

---

(١) إن الذين الآية. النور: ١٩. (٢) ضرورة الخ و فى الكافي: لا يقال إن فى ما نحن فيه ضرورة و هى كف الظالم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة و قال عليه الصلاة و السلام "أنصر أخاك ظالما أو مظلوما" لإنا نقول لا ضرورة إلى هذه الشهادة على ملأ من الناس و يمكنه كفه عن الظلم باخبار القاضى بذلك سرا كذا فى البحر و فيه أيضا أن الجرح المجرد إذا تضمن دفع ضرر عام يقبل و لذا قال فى المعراج: فان قيل أليس أنه عليه الصلاة و السلام قال أذكروا الفاسق بما فيه؟ قلنا: هو محمول على ما إذا كان ضرره يتعدى إلى غيره و لا يمكن دفع الضرر عنه إلا بعد الا علام اه و على هذا يجوز إثبات فسق رجل عند القاضى إذا كان ضرره عاما كرجل يؤذى المسلمين بيده و لسانه ليمنعه من ذلك و يخرجه عن البلد و فى كراهية الظهيرية: رجل يصلى و يضر الناس بيده و لسانه فلا بأس بإعلام السلطان به ليزجره اه و فى المنحة على البحر: قوله: (رجل يصلى و يضر الناس الخ) قال الرملىّ: هذا لا يفيد إثبات الفسق المجرد على طريق الشهادة الشرعية بل يفيد جواز إعلام السلطان به ليزجره و يمنعه و من ثم أجاب شيخ الاسلام أبو السعود العمادى مفتى الديار الرومية لما سئل عن جماعة من المسلمين شهدوا على رجل أنه إذا صحب من له أمر و نهى من القضاة و الولاة و غيرهم يتطاول على بعض الناس بالسب و الشتم و أخذ المال بغير حق و لا يزال المسلمون يتضررون بذلك منه فما ذا يلزمه؟ أجاب: هذه الصورة ليست من باب الشهادة الشرعية و لكن ان كان ذلك متواترا عندهم لا بد من تعزير بالضرب المبرح ثم حبسه إلى أن تظهر منه التوبة و صلاح الحال اه كلامه ذكره الغزىّ. (٣) إستثناء الخ هذا غير مسلم بل هو إستثناء من قوله و لا يسمع القاضي البينة كذا فى السعدية.

استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد و الاستئجار و إن كان أمراً زائداً عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة و أعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه و كذا إذا (١) أقامها على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال و دفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل و قد شهدوا و طالبهم برد ذلك المال و لهذا قلنا

استأجر الشهود لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل أقام البينة أن هذا استأجر الشهود قال لا أقبل البينة على استئجار الشهود انتهى. و قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير و في قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى تقبل لأنه أثبت أنهم فسقة و شهادة الفسقة لا تقبل ثم قال الفقيه و هذا القول أحسن و ذكر فخر الإسلام رحمه الله تعالى وغيره في شرح الجامع الصغير ذكر الخصاف في الجرح المجرد انه مقبول و قال الناطفي في تهذيب أدب القاضي و ظاهر الرواية عن أصحابنا أنه لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد (و الاستئجار و إن كان أمراً زائداً عليه) هذا جواب عما يقال إن قول المدعي استأجرهم ليس بجرح مجرد بل فيه إثبات أمر زائد و هو الاستئجار و هو حق المدعي فيثبت الجرح في ضمنه و أجاب بأن الاستئجار و إن كان أمراً زائداً عليه أي على الجرح المجرد (فلا خصم في اثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه) إذ لا تعلق له بالأجرة فبقي جرحاً مجرداً (حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة و اعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك) أي لان المدعي خصم للمدعى عليه فيما يدعيه (ثم يثبت الجرح بناء عليه) لان الجرح تحت الحكم و يثبت بناء عليه لانه جرح مركب فافهم (و كذا) أى و كذا تقبل (لو أقامها) أي لو أقام المدعى عليه البينة (على أني صالحت (٢) هؤلاء الشهود على كذا من المال و دفعته اليهم على أن لايشهدوا علي بهذا الباطل و قد شهدوا و طالبهم برد ذلك المال) لما ذكرنا أنه خصمهم في ذلك فتقبل بينته (و لهذا قلنا) أى و لما قلنا أنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من

---

(١) إذا. ن. لو. (٢) صالحت أقول لعل المراد بصالحت أعطيت الرشوة لدفع ظلم و إلا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما كذا في السعدية.

إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل قال و من شهد و لم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي فإن كان عدلاً جازت شهادته و معنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان بحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة و وجهه أن الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحاً فتقبل إذا تداركه في أوانه و هو

حقوق الشرع كذا قاله الكاكي و قال (١) الاكمل و ليس (٢) له ذكر في المتن و قيل لما (٣) قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا و هو بعيد و كان المناسب أن يقول و لذلك و هو أسهل و المعنى إذا أقام المدعى عليه البينة و هو معنى قوله (إنه) أي إن المدعى عليه (لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعي تقبل) أي البينة لمكان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق و فيما قال إنه محدود في قذف ليس إشاعة الفاحشة لان الإظهار حصل بقضاء القاضي و إنما حكوا عن إظهار الفاحشة من الغير (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من شهد و لم يبرح) أى لم يزل في مكانه (حتى قال أوهمت (٤) بعض (٥) شهادتي فإن كان عدلاً) أي عدالته إن كانت ظاهرة عند القاضي (جازت شهادته) و إن لم يكن يسأل عنه فقيل إنه عدل جازت شهادته كذا في الجامع البرهاني و قال المصنف ناقلا عن فخر الإسلام (و معنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان بحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة) قوله كانت باطلة جملة فعلية وقعت صفة لقوله بزيادة (و وجهه) أى وجه جواز شهادته (أن الشاهد قد يبتلى بمثله) أي بمثل ما ذكر من قوله أوهمت (لمهابة مجلس القضاء) لان مهابة مجلس القضاء توقع عليه الغلط بالزيادة أو النقصان (فكان العذر واضحاً) فاذا كان كذلك (فتقبل) أى شهادته (إذا تداركه في أوانه) و أوانه قبل البراح من مكانه فإذا تدارك الغلط قبل البراح (و هو

---

(١) قال الأكمل في العناية ص ٤٩٦ ج٦. (٢) و ليس الخ أقول و الأمر فيه بين فان المعلومية بالالتزام تكفى في ذلك لأن تخصيص عدم سماع بينة الجرح المجرد بالذكر يدل عليه دلالة واضحة فان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفى الحكم عما عدا المذكور كذا في السعدية. (٣) و قيل لما قلنا الخ. أقول و الأظهر أن يقال لما مر من أن عدم سماع بينة الجرح المفرد مبنى على هذين الدليلين قلنا كيت و كيت لعدم جريانها لأن الأصل هو القبول و لا مانع و انما قلنا إن الأظهر ذلك لما لا يخفى بما في تقرير الشارح حيث يدل على أن ما ذكره مبنى على ذينك الدليلين و ليس الأمر كذلك كذا في السعدية. (٤) أو همت و في البحر: و قول الشاهد شككت أو غلطت أو نسيت مثل أوهمت كما في المعراج. (٥) بعض شهادتي أقول منصوب على نزع الخافض أى في بعض شهادتى كذا في السعدية و ظاهر قوله بعض شهادتي يفيد أنه لو قال أوهمت الحق انما هو لفلان آخر لا هذا لم يقبل كذا في البحر.

عدل بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد و قال أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس و خيانة فوجب الاحتياط و لأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد و لا كذلك إذا اختلف و على هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب و هذا إذا كان موضع شبهة فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة و ما يجري مجرى ذلك و إن قام عن المجلس

عدل) أي و الحال أنه عدل قبل ذلك منه فكان ذلك ملحقا بأصل شهادته (بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد و قال أوهمت) حيث لا تقبل شهادته (لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس و خيانة) و ذلك باطماعه الشاهد بحطام الدنيا فإذا كان كذلك (فوجب الاحتياط) قالوا هذا إذا كان الموضع موضع الشبهة يعني شبهة التلبيس أما إذا لم يكن الموضع موضع شبهة فلا بأس بإعادة الكلام إذا كان عدلاً سواء اتحد المجلس أو اختلف كما إذا ترك لفظ الشهادة أو مثلها بأن يترك ذكر إسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الإشارة إلى المدعي أو المدعى عليه (و لان المجلس إذا اتحد) هذا دليل آخر على ذلك يعني إن اتحد المجلس (لحق الملحق) بفتح الحاء أي الذي لحقه من الكلام بأول كلامه (بأصل الشهادة فصار) أى الملحق و الملحق به (ككلام واحد) لان اتحاد المجلس يجمع المتفرقات و هذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة و النقصان لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون بأصلها و اليه مال (١) شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى (و لا كذلك إذا اختلف) أي لا يلحق الملحق بأصل الشهادة إذا اختلف المجلس للانقطاع بين الكلامين باختلاف المجلس (وعلى هذا) أى على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (إذا وقع الغلط في بعض الحدود) بأن يذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس (أو في بعض النسب) بأن يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر مثلاً تقبل شهادته إذا تداركه في المجلس و لا تقبل بعده (و هذا) أي اعتبار اتحاد المجلس في عدم التبليس و اعتبار اختلافه في وجود التلبيس (إذا كان موضع شبهة) يعني إذا كان ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس (فأما إذا لم يكن) أى لم يكن ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس (فلا بأس باعادة الكلام أصلا مثل أن يدع) أى يترك (لفظة الشهادة و ما يجري مجرى ذلك) بأن يترك اسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الإشارة إلى أحدهما (و إن قام عن المجلس) واصل

(١) و إليه مال الخ و اقتصر عليه قاضيخانٌ و عزاه إلى الجامع الصغير كذا في الشامية معزيا إلى المنح.

بعد أن يكون عدلاً و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً و الظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت و إن خالفتها لم تقبل

بما قبله (بعد أن يكون عدلاً) و قد مر هذا عن قريب (و عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى) فيما روى الحسنّ عنه (و أبي يوسف رحمه الله تعالى) فيما روى بشرّ عنه (أنه يقبل قوله) أي قول الشاهد (في غير المجلس) أي في جميع المجالس (إذا كان عدلاً) أي إذا كان الشاهد عدلاً (و الظاهر ما ذكرناه) يعني أن ظاهر الرواية ما ذكرناه و هو أن شهادته تجوز إذا قال أوهمت إذا لم يبرح عن مكانه بعد أن كان عدلاً فإن برح فلا هكذا فسره الاترازيّ و في نوادر ابن سماعةّ عن محمد رحمه الله تعالى إذا شهدا بالدار للمدعي و قضى القاضي بشهادتهما ثم قالا لا ندري لمن البناء فاني لا أضمنهما قيمة البناء وحده كما لو قالا شككنا في شهادتنا و إن قالا ليس البناء للمدعي ضمنا قيمة البناء للمشهود عليه فعلم بقول الشهود "شككنا" لا يختلف الحكم بعد القضاء و قبله في أنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولاً.

(باب الاختلاف في الشهادة)

أي هذا باب في بيان حكم الاختلاف (١) في الشهادة و لما فرغ من مسائل الاتفاق في الشهادة شرع في بيان مسائل الاختلاف فيها و المناسبة مقتضية الطبع لأن الاتفاق أصل و الاختلاف (٢) إنما هو بعارض الجهل و الكذب فأخر لذلك (قال) أي القدوريّ (الشهادةّ (٣) إذا وافقت الدعوى قبلت و ان خالفتها لم تقبل) موافقة الشهادة للدعوى أن تتحدا نوعا و كماً و كيفاً و زماناً و مكاناً و فعلاً و انفعالاً و وضعاً و ملكاً و نسبة فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير و شهد الشاهد بعشرة دراهم أو ادعى عشرة دراهم و شهد بثلاثين أو ادعى سرقة ثوب احمر و شهد بأبيض أو ادعى أنه قتل

(١) الاختلاف الخ قال في المصباح: خالفته مخالفة و خلافا و تخالف القوم و اختلفوا إذا ذهب كل واحد إلى خلاف ما ذهب إليه الآخر اه و اختلاف الشهادة شامل لمخالفتها للدعوى و لاختلاف الشاهدين و لاختلاف الطائفتين كذا في البحر. (٢) و الاختلاف الخ أقول و أيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق و الاتحاد أي ملزومه و أيضا الاتفاق من الاختلاف كالمفرد من المركب إذ الاتفاق هو الاتحاد و الواحد مقدم على المتعدد فليتأمل كذا في السعدية. (٣) الشهادة إذا الخ أقول صدر الباب بهذه المسألة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالدليل لوجوب اتفاق الشاهدين ألا يرى أنهما لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى و الشهادة كما لا يخفى على من له أدنى بصيرة كذا في السعدية.

لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة و قد وجدت فيما يوافقها و انعدمت فيما يخالفها قال و يعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ و المعنى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

وليه يوم النحر بالكوفة و شهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه و إتلاف ما فيه به و شهد بانشقاقه (١) عنده أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان و شهد بالغربي منه أو ادعى (٢) أنه ملكه و شهد أنه ملك ولده أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية و شهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى و أما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ألا ترى أن المدعي يقول أدعي على غريمي هذا و الشاهد يقول أشهد بذلك و استدل المصنفّ على ذلك بقوله (لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة و قد وجدت فيما يوافقها (٣) و انعدمت فيما يخالفهما) أما اشتراط تقدم الدعوى فإن (٤) القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها و لا نعني بالخصومة إلا الدعوى و أما (٥) وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب و أما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لأن الشهادة لتصديق الدعوى فإذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها و عدمها سواء و إنما قيد بقوله في حقوق العباد احترازاً عن حقوق الله تعالى فإن الشهادة فيها تقبل بدون الدعوى إذ حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصما في إثباتها و قوله و انعدمت أي الدعوى فيما يخالفها لأن الشهادة لتصديق الدعوى فإذا خالفتها فقد كذبتها كما ذكرنا الآن و يعتبر صدق الشاهد لا صدق المدعي في المخالفة لأن الأصل في الشهود العدول الصدق لا في المدعي لعدم شرطية العدالة فيه و في الذخيرة كما يشترط التوافق بين الدعوى و الشهادة تشترط الموافقة بين الشاهدين أيضاً لأن القضاء إنما يجوز بالحجة و الحجة شهادة المثنى و بالمخالفة تنعدم الحجة (قال) أي القدوريّ في مختصره (و يعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ و المعنى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و المراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على إفادة المعنى

(١) بانشقاقه أى من غير شقه سعدية. (٢) أو ادعى أنه ملكه أقول لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف فى الملك الذى هو إحدى مقولات العرض و ليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة كذا فى السعدية.
(٣) يوافقها إعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما إذا كان أكثر كذا فى الفتح. (٤) فان القاضى الخ أقول هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا و الأصوب أن يقال لأن الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى فى حقوق العباد و لا يكون ذلك إلا بدعواه سابقا كذا فى السعدية. (٥) و أما وجودها الخ أقول كذا ذكره الشارحون و عندى الأولى أن يقال أما وجودها عند الموافقة فظاهر و أما عدمها عند المخالفة فكذلك لظهور أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود كذا فى السعدية.

فإن شهد أحدهما بألف و الآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده و عندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين و على هذا المائة و المائتان و الطلقة و الطلقتان و الطلقة و الثلاث لهما أنهما اتفقا على الألف

بطريق (١) الوضع كما قال أحدهما الهبة و قال الآخر العطية لا بطريق التضمن ثم مثل المصنفؒ لذلك بقوله (فان شهد أحدهما بألف و الآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين) و به (٢) قال الشافعي في وجه و أحمد رحمهما الله تعالى في رواية و قالا يحلف و يستحق الألف الأخرى (و على هذا المائة و المائتان) أي و على هذا الخلاف إذا شهد أحدهما بالمائة و الآخر بالمائتين و قال الشافعي و أحمد رحمهما الله تعالى يستحق المائة الأخرى بالحلف (و الطلقة و الطلقتان و الطلقة و الثلاث) أي و كذا على الخلاف إذا شهد أحدهما بأنه طلق امرأته واحدة و الآخر شهد بأنه طلقها ثنتين أو ثلاث طلقات (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أنهما) أي أن الشاهدين (اتفقا على الألف) في شهادة أحدهما بالألف و

(١) بطريق الوضع أى بمعناه المطابقي و هذا جعله الزيلعي رحمه الله تعالى تفسيرا للموافقة فى اللفظ حيث قال و المراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو إدعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم و آخر بدرهمين و آخر بثلاثة و آخر بأربعة و آخر بخمسة لم تقبل عند أبى حنيفةؒ لعدم الموافقة لفظا و عندهما يقضى بأربعة اه و الذى يظهر من هذا أن الامام إعتبر توافق اللفظين على معنى واحد بطريق الوضع و أن الامامين إكتفيا بالموافقة المعنوية و لو بالتضمن و لم يشترطا المعنى الموضوع له كل من اللفظين و ليس المراد أن الامام إشترط التوافق فى اللفظ و التوافق فى المعنى الوضعى و إلا أشكل ما فرعه عليه من شهادة أحدهما بالنكاح و الآخر بالتزويج و كذا الهبة و العطية فان اللفظين فيهما مختلفان و لكنهما توافقا فى معنى واحد أفاده كل منهما بطريق الوضع و يدل على هذا التوفيق أيضا ما نقله الزيلعى رحمه الله تعالى عن النهاية حيث قال إن كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل شهادته و ذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة و الآخر على العطية و هذا لأن اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ و هو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها قال هكذا ذكره و لم يحك فيه خلافا اه و هذا بخلاف الفرع السابق الذى نقلناه عنه فان الخمسة معناها المطابقى لا يدل على الأربعة بل تتضمنها و لذا لم يقبلها الامامؒ و قبلها صاحباهؒ لإكتفائهما بالتضمن و الحاصل أنه لا يشترط عند الامامؒ الاتفاق على لفظ بعينه بل إما بعينه أو بمرادفه و قول صاحب النهايةؒ لأن اللفظ ليس بمقصود مراده به أن التوافق على لفظ بعينه ليس بمقصود لا مطلقا كما ظن فافهم كذا فى الشامية. (٢) و به قال الشافعى رحمه الله تعالى الخ كذا فى فتح القدير ص٣٠٥ ج٦ و هذا قول شريح و مالك و ابن أبى ليلى و إسحاق و أبى عبيد رحمهم الله تعالى كذا فى المغنى ص١٥٦ ج١٢.

أو الطلقة و تفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به أحدهما فصار كالألف و الألف و الخمسمائة و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهما اختلفا لفظاً و ذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ و هذا لان الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال

الآخر بألفين (أو الطلقة) أي أو أنهما اتفقا على الطلقة في شهادة أحدهما بالطلقة و الآخر بطلقتين أو بالثلاث (و تفرد أحدهما) أي أحد الشاهدين (بالزيادة) و هي زيادة الألف من أحدهما في شهادتهما بالألف و زيادة الطلقة الثانية و زيادة الطلقتين (فيثبت ما اجتمعا عليه) وهو الألف و الطلقة الواحدة (دون ما تفرد به أحدهما) و هو في زيادة الألف الآخر و زيادة الطلقة الثانية و الطلقتين يعني لا تقبل في تلك الزيادة (فصار) أي حكم هذا (كالألف و الألف و الخمسمائة) أي و كما إذا ادعى الفاً و خمس مائة و شهد أحدهما بالألف و الآخر بألف و خمس مائة و المدعي يدعي الأكثر قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظاً و معنى و سيجيء الكلام فيه عن قريب (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أنهما) أي أن الشاهدين (اختلفا لفظاً) لأن أحد اللفظين فرد و الآخر مثنى (و ذلك) أي الاختلاف من حيث اللفظ (يدل على اختلاف المعنى لأنه) أي لان المعنى (يستفاد باللفظ و هذا) أي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى الذي يستفاد من اللفظ (لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان) أى كلمتان متباينتان كزيد و عمرو و لم يرد به الجملة المركبة من فعل و فاعل أو مبتدأ و خبر كما في النحو (فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا تقبل (فصار) أى حكم هذا (كما إذا اختلف جنس المال) كما إذا شهد أحدهما بألف درهم و الآخر بمائة دينار أو شهد أحدهما بكر حنطة و الآخر بكر شعير فإن قيل الالف موجود في الالفين قلنا نعم إذا ثبت الالفان ثبت في ضمنه الالف فاذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما فى ضمنه ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية و شهد الآخر أنه قال لها انت برية لا يثبت شيء و إن اتفقا فى المعنى فإن قيل يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ما لو ادعى الفين و شهدا بألف تقبل بالاتفاق ذكره في المبسوط مع ان شرط صحة القضاء الموافقة بين الدعوى و الشهادة و لم توجد قلنا الاتفاق فى اللفظ بين الدعوى و الشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل و شهدا بإقراره به تقبل و لو شهد احدهما بالغصب و الآخر بالإقرار بالغصب لا تقبل و هذا لان الشهادة

قال و إن شهد أحدهما بألف و الآخر بألف و خمس مائة و المدعي يدعي ألفاً و خمس مائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً و معنى لان الألف و الخمس مائة جملتان عطف (١) إحداهما على الأخرى و العطف يقرر الاول و نظيره الطلقة و الطلقة و النصف و المائة و المائة و الخمسون بخلاف العشرة و الخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف و الألفين و إن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الالف فشهادة الذي شهد بالالف و الخمسمائة باطلة لانه

تعتمد التلفظ ألا ترى أنها لا تقبل ما لم تقل أشهد بخلاف الدعوى فإنه لو صحح دعواه في الكتابة تقبل دعواه و لا يلزم أبا حنيفة رحمه الله تعالى ما إذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة كان ذلك منها جواباً فوقعت واحدة و لا ما إذا قال لها أنت طالق الفاً فإنه يقع ثلاث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن الاقل و ليس فيما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد و لا يثبت به شيء (قال) أى القدورىّ (و إن شهد احدهما) أى أحد الشاهدين (بألف و الآخر بألف و خمس مائة و المدعي يدعي الفاً و خمس مائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها) أى على الالف (لفظاً و معنى لان الالف و الخمس مائة جملتان عطفت إحداهما على الاخرى و العطف يقرر الاول) أى يقرر المعطوف عليه (و نظيره) أى و نظير المذكور (الطلقة و الطلقة و النصف) بأن شهد احدهما بطلقة و الآخر بطلقة و نصف (و المائة و المائة و الخمسون) بأن شهد احدهما بمائة و الآخر بمائة و خمسين يقبل شهادته على الطلقة بالاتفاق و كذلك على المائة (بخلاف العشرة و الخمسة عشر) يعني إذا ادعى المدعي خمسة عشر و شهد أحدهما بعشرة و الأخر بخمسة عشر فلا يثبت العشرة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الموافقة بين اللفظين شرط و لم توجد (لانه ليس بينهما حرف العطف) فصارا متباينين لان خمسة عشر تذكر بغير حرف العطف فكانت كلمة واحدة غير العشرة فلم يوجد الموافقة و في النهاية هذا كله فيما إذا لم يدع المدعي عقداً اما إذا كان في دعوى العقد فهي ثمان مسائل: البيع و الإجارة و الكتابة و الرهن و العتق على مال و الصلح عن دم العمد و الخلع و النكاح ...... و سيجئ كل هذا مشروحاً في هذا الباب إن شاء الله تعالى (فهو نظير الالف و الالفين) اى المذكور نظير ما إذا شهد احدهما بألف و الآخر شهد بألفين لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى و قد مر عن قريب (و إن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الالف فشهادة الذى شهد بالالف و الخمسمائة باطلة لانه) اى

---

(١) عطف. ن. عطفت.

كذبه المدعي في المشهود به و كذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق و لو قال كان أصل حقي ألفاً و خمسمائة و لكني استوفيت خمس مائة أو أبرأته عنها قبلت لتوفيقه قال و إذا شهدا بألف و قال أحدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه و لم يسمع قوله انه قضاه خمسمائة لانه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة و جوابه ما قلنا قال و ينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كيلا يصير معيناً على الظلم

لان الشاهد (كذبه المدعي في المشهود به) و تكذيب الشاهد تفسيق له فكان مبطلاً لشهادته فبقي شاهد واحد. (و كذا) أي و كذا الحكم (إذا سكت) أي المدعي (إلا عن دعوى الألف) يعني ادعى الألف و لم يتعرض للخمسمائة لا بالنفي و لا بالإثبات (لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق) و لم يوجد حتى لو وفق قبلت الشهادة و أشار إلى التوفيق بقوله (و لو قال كان أصل حقي الفاً و خمس مائة) كما شهد (و لكنى استوفيت خمس مائة أو أبرأته عنها) أي عن الخمسمائة (قبلت لتوفيقه) لزوال التكذيب (قال) أي القدوري (و إذا شهدا بألف و قال أحدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما على الألف) و في بعض النسخ بالألف (لاتفاقهما عليه) أى لاتفاق الشاهدين على الألف (و لم يسمع قوله) أي قول الشاهد الذي قال (انه قضاه خمس مائة لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر) هذا هو المشهور (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقضي بخمس مائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة فلا يجوز أن يثبت اكثر من ذلك (و جوابه) أي جواب ما روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى (ما قلنا) أشار به إلى قوله لأنه شهادة فرد كذا قاله الاترازي و قال (١) الأكمل و جوابه ما قلنا انهما اتفقا (٢) على وجوب الألف انفرد أحدهما بالقضاء و القضاء يتلو الوجوب لا محالة (قال) أي القدوري (و ينبغي للشاهد) أى للشاهد بقضاء خمس مائة (إذا علم بذلك) أى بقضاء خمسائة (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كيلا يصير معيناً على الظلم) لعلمه بدعواه بغير حق و في جامع أبي الليث رحمه الله تعالى

(١)قال الأكمل فى العناية ص٥٠٦ ج٦. (٢)انهما اتفقا الخ أقول ان أريد أنهما اتفقا على وجوب الألف الآن فمسلم و ان أريد على وجوبه سابقا فالاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق قلنا الظاهر الأول فان قضاء الدين إذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى و المراد من كون القضاء تلوا للوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لا زمانيا فليتأمل كذا فى السعدية.

و قال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه و تفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا و ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى عن أصحابنا أنه لا تقبل و هو قول زفر رحمه الله تعالى لان المدعي أكذب شاهد القضاء قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الاول و هو القرض و مثله لا يمنع القبول قال و إذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة و شهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة و اجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لأن إحداهما كاذبة بيقين

لا يحل للشاهد الذي يعلم القضاء أن يشهد على أصل الدين لعلمه بأن المدعي يدعى بغير حق (و قال) أي محمد رحمه الله تعالى (في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه) أي على القرض (و تفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا) من أن القضاء لا يثبت بتفرد أحد الشاهدين و الفرق بين مسألة الجامع و بين المسألة التي ذكرها قبلها أن في مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين و في التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين (و ذكر (١) الطحاوي رحمه الله تعالى عن أصحابنا أنه لا تقبل) يعني في القرض والدين جميعاً (و هو قول زفر رحمه الله تعالى لأن المدعي أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له فبقى شاهد واحد قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الأول و هو القرض) أي المشهود به الاول هو القرض لم يوجد في حقه التكذيب و هو له و إنما و جد التكذيب فيما عليه لأنه أكذبه فيما عليه و هو الشهادة بالقضاء و هو غير المشهود به الأول (و مثله (٢) لا يمنع القبول) و لهذا لو شهدا بألف درهم و مائة دينار إذا ادعى المدعي ألف درهم تقبل شهادتهما و إن كذبهما المدعي في المائة إليه أشار في الجامع (قال) أي القدوري (و إذا شهد شاهدان أنه) أي أن عمروا مثلا (قتل زيداً يوم النحر بمكة و شهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة و اجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لأن احداهما) أي لأن إحدى الشهادتين (كاذبة) ظاهراً (بيقين) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى و في الذخيرة و لو شهد أحدهما بالقتل و الآخر بالإقرار بالقتل لا تقبل لان القتل فعل و الإقرار قول و القول غير الفعل فاختلف المشهود به و كذا لو شهدا بالقتل و اختلفا في الزمان و المكان لأن الفعل الثاني غير الفعل الاول و في المغني اختلاف الزمان أو المكان في كل

(١) ذكر الطحاوي الخ. أقول و الأشهر أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كذا في السعدية. (٢) و مثله لا يمنع القبول أقول و المفهوم من كلام قاضيخان أنه إنما لم يمنع إذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بباطل أو زور كذا في السعدية.

....

شهادة على فعل يمنع القبول إلا في مسألة واحدة ذكرها داود بن رستم رحمه الله تعالى عن محمد رحمه الله تعالى في نصراني شهدا عليه فقال أحدهما يصلي في مسجد بني زايدة شهراً و قال آخر يصلي في مسجد بني عامر شهراً أو قال أحدهما يصلي بالكوفة شهراً و قال الآخر رأيته يصلي بالشام قال أجيز شهادتهما و أجبره على الإسلام و في (٢) الكافي إختلافهما في الزمان أو المكان في البيع و الشراء و الطلاق و العتاق والوكالة و الوصية و الرهن والدين و القرض و البراءة و الكفالة و الحوالة و القذف لا يمنع القبول و في الجناية و الغصب و القتل و النكاح يمنع و الأصل فيه أن المشهود به إن كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلافهما في الزمان أو المكان لا يمنع رواه

(٢)و في الكافي الخ و فيه أيضا ثم قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى إذا اختلف شاهدا القذف في مكان أو زمان لا تقبل و إن كان قولاً لأن كل واحد منهما إن كان إنشاء فهو غيران و ليس على كل قذف شاهدان و إن كان أحدهما إنشاء و الآخر إخباراً فهما لا يتفقان لأن الإنشاء أن يقول زنيت أو أنت زان و الإخبار أن يقول قذفتك بالزنا و أبو حنيفة يقول: يحتمل أنه سمع أحدهما الإنشاء و الآخر الإخبار فيثبت عندهما قذفه فشهدا به اه و في جامع الفصولين: الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة و صدقة يبطلها الاختلاف في زمان و مكان إلا عند محمد اه فعلم به أن ما في الكافي من أن الرهن والهبة و الصدقة من قبيل البيع و نحوه قول محمد و قول الشيخين بخلافه و الحاصل كما في جامع الفصولين أن الاختلاف لا يخلو من وجوه ثلاثة: إما في زمان أو مكان أو إنشاء أو إقرار و كل منها لا يخلو من أربعة أوجه: إما في الفعل أو في القول أو في فعل ملحق بالقول أو عكسه أما الفعل فيمنع قبول الشهادة في الوجوه الثلاثة و أما القول المحض كبيع و رهن فلا يمنع مطلقاً و أما الفعل الملحق بالقول و هو القرض فلا يمنع و أما عكسه كنكاح فيمنع اه و هذا موافق لما في الكافي و فصل قاضيخانْ في فتاواه في الرهن و الهبة و الصدقة بأنهم إذا شهدوا على معاينة القبض و اختلفا في الأيام و البلدان جازت شهادتهم في قولهما خلافاً لمحمد و إن شهدوا على إقرار الراهن و الواهب و المتصدق بالقبض جازت في قولهم اه و في شرح ابن و هبان تنبيه الاختلاف في المكان يوجب الاختلاف في الزمان و لا عكس لجواز أن يشهد عليه في وقتين مختلفين في مكان واحد اه و في الخانية: و لو اختلفا في الثياب التي كانت على الطالب أو المطلوب أو المركب أو قال أحدهما كان معنا فلان و قال الآخر لم يكن معنا ذكر في الأصل أنه يجوز و لا تبطل هذه الشهادة اه كذا في البحر و في المنحة على البحر:قوله: (و أما القول المحض كبيع و رهن فلا يمنع مطلقاً) قال في نور العين في إصطلاح جامع الفصولين يقول الحقير: عد الرهن هنا من القول المحض مخالف لما مر قبل أسطر نقلاً عن (فقط) أنه فعل ملحق بالقول إذ قال هو عقد تمامه بالفعل و لعله هو الصواب كما لا يخفى ثم إن في جامع الفصولين نقلاً عن (ص) أن القول المحض كبيع و طلاق و عتاق و إقرار و إبراء لكن في الخلاصة نقلاً عنه أيضاً أنه كبيع و شراء و طلاق و عتاق و وكالة و كفالة و حوالة و وصاية و إبراء و رهن و دين اه (ضك) الحق القرض بالفعل لأن قوله "أقرضتك" قول و التسليم فعل بعده يتم به القرض فالحق به حكمه أما النكاح فقول ملحق إحضار الشهود إذ لا بد من الشهود لعقد النكاح فحضورهم فعل يقع بعده النكاح فالحق بفعل الإحضار بلا عكس اه.

و ليست إحداهما بأولى من الأخرى فإن سبقت

أحمد رحمه الله تعالى في رواية لأن القبول مما يعاد و يكرر و ان كان المشهود به فعلا كالغصب و نحوه أو قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فإنه قول و حضور الشاهدين فعل و هو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به و قال (١) الشافعيْ رحمه الله تعالى و أحمد رحمه الله تعالى في ظاهر روايته إختلافهما في الزمان أو المكان يمنع في الجميع إلا فيما شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس و قال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة فإنه لا يمنع و كذا في البيع و النكاح و غيرهما فلا ينتقض الأول بالثاني لان القضاء بالاول قضاء ببطلان الثاني ضمناً إذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين و في الفتاوي الصغرى لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت و المكان فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك (و ليست إحداهما بأولى من الأخرى) يمكن أن هذا جواب عما يقال فلم لا يسمع القاضي أحداهما فقال و ليست إحداهما أى إحدى الشهادتين بأولى من الشهادة الأخرى لعدم المرجح فاذا كان كذلك تهاترتا (فإن (٢) سبقت

(١)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا فى الفتح ص٥٠٨ ج٦. (٢) فان سبقت الخ و فى البحر: و قد ذكر فى القنية من باب البينتين المتضادتين و ترجيح إحداهما على الأخرى فروعاً حسنة محتاجاً إليها فنذكرها على وجه الاقتصار في مسائل: (الأولى) برهن أولياء المجروح أنه مات بسبب الجرح و برهن الجارح أنه بريء و مات بعد عشرة أيام فبينة المقتول أولى (الثانية) و لو تعارضت بينتا الغبن و مثل القيمة في مبيع الوصي مال الصبي فبينة الغبن أولى (الثالثة) برهنت الأمة على أنه دبرها في مرض موته و هو عاقل و برهنت الورثة على أنه كان مخلوط العقل فبينة الأمة أولى و كذا في الخلع (الرابعة) تعارضت بينتا الغبن و مثل القيمة في بيع الأب مال ولده و التنازع بين المشتري و الابن بعد بلوغه ففيه قولان (الخامسة) تعارضت بينتان أنه باع و هو بالغ أو في صغره فبينة المشتري أولى لإثباتها العارض (السادسة) تعارضت بينتا إبراء المرأة زوجها في صحتها أو مرضها قولان (السابعة) تعارضت بينتا الإقرار للوارث في صحة المقر أو في مرضه فالبينة بينة المقر له و القول للورثة عند عدمها و له استحلافهم (الثامنة) تعارضت بينتا الإكراه و الطوع في الإجازة فبينة الطواعية أولى و إن قضى ببينة الإكراه في الإجازة نفذ (التاسعة) تعارضت بينتا البيع صحيحاً أو مكرهاً فقولان (العاشرة) تعارضت بينتا البيع باتاً و وفاء فالبينة بينة مدعي الوفاء (الحادية عشرة) تعارضت بينتا الكره و الطوع في البيع و الصلح و الإكراه فبينة الكره أولى (الثانية عشر) تعارضت بينتا كون زوجة الميت حراماً قبل موته بستة أشهر أو حلالاً وقت الموت فبينة المرأة أولى له كنيف في طريق العامة فزعم غيره أنه محدث و زعم صاحبه أنه قديم و أقاما البينة فالبينة بينة من يدعي أنه محدث و قيل القول للمدعي لكونه متمسكاً بالأصل (الثالثة عشرة) تعارضت بينة الخارج على الوقف عليه مطلقا مع بينة ذى اليد أن بائعى اشتراها من الواقف و أرخ فبينة الوقف أولى و قيل إلا إذا سبق تاريخ ذي اليد (الرابعة عشرة) تعارضت بينتا صحة الوقف و فساده فإن كان الفساد لشرط في الوقف مفسد فبينة الفساد أولى و إن كان لمعنى في المحل وغيره فبينة الصحة أولى و على هذا التفصيل إذا اختلف البائع و المشتري في صحة البيع و فساده =>

....

....

=> (الخامسة عشرة) تعارضت بينتا الملك المطلق من الخارج و الشراء من آخر من ذي اليد فبينة مدعي الملك المطلق أولى (السادسة عشر) تعارضت بينتا الراهن و المرتهن في قيمة الرهن فبينة الراهن أولى (السابعة عشرة) تعارضت بينتا وجود الشرط و عدمه فبينة المرأة أولى (الثامنة عشرة) تعارضت بينتا بيع الوصي بعد عزله أو قبله فبينة المشتري أولى لما فيها من زيادة إثبات نفاذ الشراء أو سبق التاريخ و قيل بينة العزل أولى و كذا الطلاق و العتاق من الوكيل (التاسعة عشرة) تعارضت بينتان في حمار وقال المدعي إنه ملكي غاب عنى منذ ثمانية أشهر و قال ذو اليد اشتريته منذ سبعة عشر شهراً و أقاما البينة فبينة المدعي أولى (العشرون) ادعت المرأة البراء ة من المهر بشرط و ادعاها زوجها مطلقة و أقام البينة فبينة المرأة أولى إن كان الشرط متعارفاً يصح الإبراء معه و قيل بينة الزوج أولى (الحادية و العشرون) أقام أحد الأخوين بينة أن الدار التي في أيدينا كانت لأمي تركتها ميراثاً بيني و بين أبي و أقام الآخر بينة أنها كانت لأبينا فتركها ميراثاً لنا فبينة الأول أولى لإثباته الزيادة (الثانية و العشرون) أقامت المرأة البينة على المهر على أن زوجها كان مقراً بذلك إلى يومنا هذا و أقام الزوج البينة أنها أبرأته من هذا المهر الذي تدعي فبينة البراء ة أولى و كذا في الدين لأن بينة مدعي الدين بطلت بإقرار المدعى عليه لما ادعى البراءة و لم تبطل بينة البراء ة و هذا كشهود البيع و الإقالة فإن بينة الإقالة أولى لبطلان بينة البيع بإقرار مدعي الإقالة و ينبغي أن يحفظ هذا الأصل فإنه يخرج به كثير من الواقعات (الثالثة و العشرون) ادعى على رجل ستة دنانير فقال المدعى عليه إنه أبرأني عن هذه الدعوى فأقام بينة و أقام المدعي بينة أنه كان أقر له بستة دنانير قيل تصح دعوى الإقرار ثانياً و قيل لا تصح و قيل إن ذكر الخصم القبول أو التصديق في الإبراء لا يصح و إلا يصح (الرابعة و العشرون) تعارضت بينة الصحة و الفساد في الشراء ففيه قولان (الخامسة و العشرون) تعارضت بينتا الإجازة و الرد في بيع الفصولي فبينة المشتري أولى (السادسة و العشرون) تعارضت بينتا السكوت و الرد في نكاح البكر فبينتها أولى بخلاف ما إذا برهن على إجازتها و هي على ردها فبينته أولى (السابعة و العشرون) تعارضت بينتا البيع و الوقف عليه مسجلاً فبينة مدعي البيع أولى إلا إذا عين الواقف فبينة الوقف أولى لأنه يصير مقضياً عليه فلا بد من التعيين كبينة الملك مع بينة العتق اهـ و في المنحة على البحر: قوله: (فبينة المقتول أولى) موافق لما في القنية من باب البينتين المتضادتين لكن في آخر كتاب الدعوى من الخلاصة: أقاما البينة هذا على الصحة و الآخر على الموت بالضرب فبينة الصحة أولى و كذا في البزازية و مشتمل الأحكام و به أفتى المولى أبو السعود اهـ ملخصاً من تعارض البينات للشيخ غانم البغدادي و في الفتاوى الحامدية معزياً إلى بعض الفتاوى: بينة اليسار أولى من بينة الإعسار بينة الموت من الجرح أولى من بينة الموت بعد البرء بينة مدعي الهبة في الصحة أولى من بينة الهبة في المرض بينة مدعي الطواعية أولى من مدعي الكراهية لكن المعتمد خلافه بينة الصحة أولى من بينة الفساد في الشراء بينة مدعي المهر أولى من مدعي الهدية بينة العقل أولى من كونه مجنوناً وقت الخلع بينة الشفيع أولى من بينة المشتري بينة كون المتصرف عاقلاً أولى من بينة كونه مجنوناً بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق بينة الوفاء أولى من بينة البتات بينة الإكراه أولى من بينة الطوع بينة الهبة أولى من بينة العارية بينة الصحة أولى من بينة الموت بينة الإبراء أولى من بينة الإقرار بينة البيع أولى من بينة الرهن بينة القرض أولى من بينة المضاربة بينة الملك أولى من بينة الغصب بينة الحدوث أولى من بينة القدم بينة الرهن أولى من بينة الهبة بينة التمليك أولى =>

إحداهما و قضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لان الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال و إذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة و اختلفا في لونها قطع و إن قال أحدهما بقرة و الآخر ثوراً لم يقطع و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يقطع في الوجهين جميعاً و قيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد و الحمرة لا في السواد و البياض

إحداهما) أي إحدى الشهادتين (و قضى بها) أي و قضى القاضي بها (ثم حضرت الأخرى) أي الشهادة الأخرى (لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض)أى الشهادة الأولى (بالثانية) أى بالشهادة الثانية و نظيره رجل معه ثوبان أحدهما نجس فوقع تحريه على أحدهما و صلى فيه ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحرى فى الآخر (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة و اختلفا في لونها) بأن قال أحدهما إنها سوداء و قال الآخر إنها صفراء (قطع و إن قال أحدهما بقرة) أي انه سرق بقرة (و الآخر ثوراً) أى و قال الآخر إنه سرق ثوراً (لم يقطع و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يقطع في الوجهين) و به قالت (١) الائمة الثلاثة و قال التمرتاشي هذا الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله تعالى و صاحبيه فيما إذا كان المدعى يدعى سرقة بقرة فقط و أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تقبل شهادتهما إجماعاً لانه كذب أحد الشاهدين و كذا الخلاف فيما إذا ادعى سرقة ثوب فقط فقال احدهما هروى و قال الآخر مروى و لو اختلفا في الزمان و المكان لم تقبل بالإجماع (و قيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد و الحمرة) لان الحمرة الشديدة تظهر كالسواد (لا في السواد و البياض) لأنهما

=> من بينة العارية بينة الصحة أولى من بينة المرض بينة الفاسد أولى من بينة الصحة بينة البيع أولى من بينة الهبة بينة البناء القديم أولى من بينة البناء الحادث و تمامه فيها فليراجع كذا في حاشية الدر المختار للشيخ خليل الفتال قوله: (و على هذا التفصيل إذا إختلف البائع و المشتري في صحة البيع و فساده) قال في تعارض البينات للشيخ غانم البغدادي: إذا اختلف المتبايعان أحدهما يدعي الصحة و الآخر يدعي الفساد شرطاً فاسداً أو أجلاً فاسداً كان القول قول مدعي الصحة و البينة بينة مدعي الفساد باتفاق الروايات و إن كان مدعي الفساد يدعي الفساد لمعنى في صلب العقد بأن ادعى أنه اشتراه بألف درهم و رطل من الخمر و الآخر يدعي البيع بألف درهم فيه روايتان عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية القول قول من يدعي الصحة أيضاً و البينة بينة الآخر كما في الوجه الأول و في رواية القول قول من يدعي الفساد مشتمل الأحكام اه قوله: (فبينة المدعي أولى) أي لأنه خارج و لم يعتبر الأسبق تاريخاً لأن تاريخه غير معتبر لأنه تاريخ غيبة لا تاريخ ملك فلم يوجد التاريخ من الجانبين حتى يعتبر أسبقهما. (١) و به قالت الأئمة الثلاثة رحمهم الله تعالى كذا فى فتح القدير ص٥٠٩ ج٦.

و قيل هو في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة و صار كالغصب بل أولى لأن أمر الحد أهم و صار كالذكورة و الأنوثة و له أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الليالي من بعيد و اللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب و هذا يبصره و البياض من جانب آخر و هذا يشاهده

لا يتشابهان أصلا (و قيل هو) أي الاختلاف بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (في جميع الالوان) و ذكر في المبسوط أن الكل على الخلاف في الاصح (لهما) أي لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة) للاختلاف في المشهود به فلا تقبل (و صار كالغصب) يعني شهدا بغصب بقرة و اختلفا في لونها (بل أولى لان أمر الحد أهم) (١) لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات و الثابت هنا قد يسقط بالشبهات و لان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال فلأن يمنع في الحد اولى كما لو اختلفا في قدر القيمة (و صار كالانوثة و الذكورة) في المغايرة (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد) إذا اكثر السرقات تكون في الليالي و تحمل الشهادة تكون من بعيد (و اللونان يتشابهان) كالحمرة و الصفرة (أو يجتمعان) أى يجتمع اللونان (في واحد فيكون السواد من جانب و هذا) أى أحد الشاهدين (يبصره) أى يبصر السواد (و البياض من جانب آخر) أى و يكون البياض من جانب آخر (و هذا) أى الآخر من الشاهدين (يشاهده) أى الشاهد البياض و كل واحد يشهد بما رآه فإن قيل لو كانت البقرة على هذه الصفة يقال لها بلقاء لا سوداء و لا بيضاء قلت نعم و لكن في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا احدهما فهو عنده على ذلك اللون كذا في المبسوط و إذا كان التوفيق ممكناً وجب القبول كما إذا اختلف شهود الزنا في بيت واحد و قال (٢) الاكمل رحمه الله تعالى و فيه بحث من وجهين أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا إحتيال لاثبات الحد و هو القطع و الحد يحتال لدرئه لا لإثباته و الثاني ان التوفيق و ان كان ممكناً ليس بمعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها و الجواب عن الاول أن ذلك إنما كان احتيالا لاثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله و هو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصاباً فيقطع به أو لا و أما إذا كان في إختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق و أمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد لإمكان ثبوته بدونه ألا ترى

(١) أهم أقول لعله من الهمة أو من الهم بمعنى الحزن كذا في السعدية. (٢) قال الأكمل في العناية ص ٥٠٩ ج ٦.

بخلاف الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه و الذكورة و الأنوثة لا يجتمعان في واحدة و كذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال و من شهد لرجل أنه اشترى عبداً من فلان بألف و شهد آخر أنه اشترى بألف و خمس مائة فالشهادة باطلة لان المقصود إثبات السبب و هو العقد و يختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به و لم يتم العدد على كل واحد و لأن المدعي يكذب أحد شاهديه و كذلك إذا كان المدعي هو البائع و لا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو اكثرهما

أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة و لم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم بخلاف الزكورة و الأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بأنه جواب القياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة و إمكانه فيما لم يكن فيه هذا (بخلاف الغصب) هذا جواب عن مسألة الغصب (لأن التحمل فيه بالنهار) أي لأن تحمل الشهادة في الغصب يكون بالنهار إذ الغصب يكون في النهار غالباً (على قرب منه) أى من الحيوان و قوله (و الذكورة و الأنوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما (لا يجتمعان في واحد) أى في حيوان واحد عادة (و كذا الوقوف على ذلك) أى على صفة الذكورة و الأنوثة (بالقرب منه) أى من الحيوان (فلا يشتبه) أى الحيوان فلا حاجة إلى التوفيق و لأن الشاهدين يكلفان بيان الذكورة و الانوثة لأن القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من شهد لرجل أنه اشترى عبداً من فلان بألف و شهد آخر أنه اشترى بألف و خمس مائة فالشهادة باطلة) قال الاترازي كان المناسب ذكر هذه المسألة بعد قوله و إن شهد أحدهما بألف و الآخر بألف و خمس مائة قلت تلك المسألة في دعوى المال و هذه في دعوى العقد (لأن المقصود اثبات السبب و هو العقد و يختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به و لم يتم العدد على كل واحد) لأن اختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة و كذا نقصان العدد يمنع (و لأن المدعي) دليل آخر على ذلك (يكذب أحد شاهديه) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف و خمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهداً بألف و خمسمائة و شاهداً بألف قال هذا باطل (و كذلك) أي و كذلك الشهادة باطلة (إذا كان المدعي هو البائع و لا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما) أى أو أن يدعى المدعى

لما بينا و كذلك الكتابة لان المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر و كذا إذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب و كذا الخلع و الإعتاق على مال و الصلح عن دم العمد إذا كان المدعي هو العبد و المرأة و القاتل لان المقصود إثبات العقد و الحاجة ماسة إليه و إن كانت الدعوى من جانب آخر

أكثر المالين و في الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد أبي القاسم السمرقندي رحمه الله تعالى تقبل لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف و خمسمائة بأن اشترى ثم زاد في الثمن فقد إتفقا على الشراء الواحد (لما بينا) و هو أن المقصود إثبات السبب (و كذلك الكتابة) أي كالبيع لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل كالبيع هنا تسع مسائل: البيع و الكتابة و الخلع و الطلاق و الإعتاق على مال و الصلح على دم العمد و الرهن و النكاح و الإجارة و قال الاترازي بعد أن نقل ما ذكره محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير و هذه ثمان مسائل لأنه لم يذكر الطلاق و أشار المصنف إلى الكتابة بقوله و كذلك الكتابة بعد أن يذكر البيع فالبيع هو المسألة الأولى و الكتابة هي الثانية و في قاضي خان بمنزلة البيع إن كان الدعوى من العبد لأنه يدعي العقد أشار اليه المصنف بقوله (لأن المقصود هو العقد) أي عقد الكتابة (إن كان المدعي هو العبد فظاهر) فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة كما في البيع و الشراء (و كذا) أي و كذا لا تقبل الشهادة (إذا كان) أي المدعي (هو المولى لأن العتق لا تثبت قبل الأداء) أي قبل أداء بدل الكتابة و بدل الكتابة لا يكون إلا بعقد الكتابة و هو معنى قوله (فكان المقصود إثبات السبب) أي العقد و الثالثة من المسائل الخلع أشار اليه بقوله (و كذا الخلع) بأن ادعت المرأة الخلع و أنكر الزوج و الرابعة منها هو قوله (و الإعتاق على مال) و الخامسة هو قوله (و الصلح عن دم العمد) فالحكم في هذه المسائل الثلاثة (إذا كان المدعى هو العبد) فى مسألة الكتابة (و المرأة) أي و إن كان المدعي هي المرأة في مسألة الخلع (و القاتل) أي و إن كان المدعي هو القاتل في مسألة الصلح عن دم العمد فلا خفاء في هذه الثلاثة (لأن المقصود) أى مقصود العبد و المرأة و القاتل (إثبات العقد و الحاجة ماسة اليه) أي إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق و الغتاق و العفو بناء عليه (و إن كانت الدعوى من جانب آخر) و هو المولى و الزوج و ولي القصاص بأن قال المولى أعتقتك على ألف و خمس مائة و العبد يدعي الألف و قال الزوج خالعتك على ألف و خمس مائة و المرأة تدعي الألف و قال ولي القصاص صالحتك على ألف و خمسمائة و القاتل

فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو و العتق و الطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين و في الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل (١) لانه لا حظّ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى و إن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين و في الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع و إن

يدعي الألف (فهو بمنزلة دعوى الدين) أي كانت الدعوى مثل دعوى الدين و هو البدل لوقوع العتق و الطلاق و العفو بإقرار المولى و الزوج و ولي القصاص (فيما ذكرنا من الوجوه) المذكورة من أنه تقبل على الألف إذا ادعى الفاً و خمس مائة بالاتفاق و إذا ادعى الفين لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما و إن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق و التكذيب و السكوت عنهما (لأنه يثبت العفو و العتق و الطلاق باعتراف صاحب الحق) و هو المعتق و الزوج و الولي (فبقى الدعوى في الدين) و هو البدل و المسألة السادسة هو قوله (و في (٢) الرهن) أي إذا شهد أحد الشاهدين بالالف و الآخر بألف و خمسمائة (إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل) أى الشهادة (لانه) أي لان الراهن (لا حظّ له في الرهن) لانه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كانت دعواه غير مفيدة فكانت كأن لم تكن و هو معنى قوله (فعريت الشهادة عن الدعوى) فلا تقبل (و إن كان) أي المدعي (هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) يقضى بأقل المالين إجماعاً فإن قيل الرهن لا يثبت إلا بالإيجاب و القبول فكان عقداً كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال بمنزلة اختلافهما فيه في البيع و الشراء و إن كانت الدعوى من المرتهن قلنا لما كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن كان له أن يرد الرهن متى شاء بخلاف الراهن لانه ليس له استرداد الرهن متى شاء فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن لان الرهن لا يكون إلا بالدين فتقبل البينة كما في سائر الديون و يثبت الرهن بالالف ضمناً و تبعاً للدين و المسألة السابعة هو قوله (و في الإجارة) أي اختلاف الشهادة إذا كان في الإجارة (إن كان ذلك) أي الدعوى على تأويل الادعاء (في اول المدة) قبل استيفاء المنفعة (فهو نظير البيع) يعني لا تقبل الشهادة كما في البيع لان المقصود إثبات العقد و قد اختلف باختلاف البدل (و إن

---

(١) لا يقبل. ن. لا تقبل. (٢) و فى الرهن الخ. صوره العلام الزيلعىّ بأن يدعى أنه رهنه ألفا و خمسمائة و ادعى أنه قبضه ثم أخذه الراهن فطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف و الآخر بألف و خمسمائة فانه يثبت أقلهما اه كذا فى البحر.

كان بعد مضي المدة و المدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحساناً و قالا هذا باطل في النكاح أيضاً و ذكر في الأمالي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى مع قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و لهما أن هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع و لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المال في النكاح تابع و الأصل فيه الحل و الازدواج و الملك

كان بعد مضي المدة) و استيفاء المنفعة (و المدعي) أى و الحال أن المدعى (هو الآجر (١) فهو دعوى الدين) أي المال فيقضي بأقل المالين إذا ادعى الاكثر إذ لا حاجة هنا إلى إثبات العقد و إن كان المدعي هو المستأجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافاً بمال الإجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه حينئذ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما و المسألة الثامنة هو قوله (قال) أي أبو حنيفة رحمه الله تعالى (فأما النكاح) يعني إذا اختلف الشهود فيه فقال أحدهما بألف و الآخر بألف و خمس مائة (فإنه) أي فإن النكاح (يجوز بألف استحساناً) كما في دعوى الدين (و قالا) أى قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (هذا باطل في النكاح أيضاً) يعني كما هو باطل في البيع فلا تقبل الشهادة و لا يقضى بالنكاح (و ذكر في الامالي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى مع قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير و ذكر في الدعوى عن الامالي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى مع قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و لهما) أي و لابي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (أن هذا اختلاف في العقد) لان النكاح بألف غير النكاح بألف و خمس مائة (لان المقصود من الجانبين السبب) أى العقد و الاختلاف في العقد يمنع قبول الشهادة (فأشبه البيع) كما إذا اختلف الشاهدان فيه بأن شهد أحدهما بألف و الآخر بألفين فلا تقبل كذا هذا (و لابى حنيفة رحمه الله تعالى أن المال في النكاح تابع) (٢) و لهذا يصح النكاح بلا تسمية مهر و يملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم و الاخ و الاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا (و الاصل فيه) أي في النكاح هذا دليل آخر تقريره أن الاصل في النكاح (الحل) هو حل البضع (و الازدواج و الملك) هو ملك البضع لان شرعيته لذلك و لزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجاناً

(١)الآجر. أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة فى أول الاجارة أن الأجير هو معطى الأجرة فيكون استعماله بمعنى المؤجر غير صحيح إلا أن يكون كلا بن و تامر و يؤيده أنه استعمل الأجير بمعنى الموجر فى هذا المقام كذا فى السعدية. (٢)تابع أى غير داخل فى صلب العقد بخلاف البيع فان المال فيه داخل فى صلب العقد كذا فى السعدية.

و لا اختلاف فيما هوَ الأصل فيثبت ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه و يستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية و فيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال و مقصوده ليس إلا العقد و قيل الخلاف في الفصلين و هذا أصح

(و لا اختلاف) للشاهدين (فيما هو الاصل فيثبت) أي الاصل (ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل) أي بأقل المالين (لاتفاقهما عليه) أي لاتفاق الشاهدين على الأقل و اعترضوا عليه بأن فيه تكذيب المدعى لأحد الشاهدين و اجيب بأن التكذيب فيما ليس بمقصود و هو المال و التكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل و هو العقد (و يستوي (١) دعوى أقل المالين أو أكثرهما) قال (٢) الأكمل رحمه الله تعالى قال المصنفؒ و يستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما بكلمة أو و الصواب كلمة الواو بدلالة يستوى انتهى قلت لأن في نسخته وقعت بكلمة أو فلذلك اعترض و ليس كذلك فإن النسخ كلها بالواو حتى في نسخة شيخي العلاء رحمه الله تعالى التي هي العمدة (في الصحيح) احتراز عما قال بعضهم إنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين و اليه ذهب شمس الأئمةؒ (ثم قيل الاختلاف) أي بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (فيما إذا كانت المرأة هي المدعية و فيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال و مقصوده ليس إلا العقد) فيكون الاختلاف فيه و هو يمنع القبول (و قيل الخلاف) اى الخلاف بين أبي حنيفة و صاحبيه رحمهم الله تعالى (في الفصلين) جميعاً يعني فيما إذا كان مدعي النكاح الرجل أو المرأة (و هذا أصح) أي الخلاف بين

(١)و يستوى دعوى الخ قال فى فتح القدير: و هذا مخالف للرواية فان محمداً فى الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال: جازت الشهادة بألف و هى تدعى ألفا و خمسمائة و المفهوم معتبر رواية و بقوله ذلك أيضا يستفاد لزوم التفصيل فى المدعى به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف فى البطلان لتكذيب المدعى شاهد الأكثر كما عول عليه محقق المشايخؒ فان قول محمد رحمه الله تعالى "و هى تدعى الخ" يفيد تقييد جواب قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى بالجواز إذا كانت هى المدعية للأكثر دونه فان الواو فيه للحال و الأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما و دين ألف اه و فى الشر نبلالية قلت: إلا أن الزيلعى رحمه الله تعالى أشار إلى جواب هذا فقال: و يستوى فيه دعوى أقل المالين فى الصحيح لاتفاقهما فى الأصل و هو العقد فالاختلاف فى التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الأقل لاتفاقهما عليه و لا يكون بدعوى الأقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الأقل هو المسمى ثم صار الأكثر بالزيادة كذا فى المنحة على البحر. (٢)قال الأكملؒ فى العناية ص ٥١٦ ج٦ أقول و فيه بحث فانه من قبيل

سيان كسر رغيفه ... أو كسر عظم من عظامه

و فى الفرائض السراجية: و ذلك فى مسئلتين زوج و أبوين أو زوجة و أبوين فان أو بمعنى الواو كذا فى السعدية.

و الوجه ما ذكرناه.

فصل في الشهادة على الإرث

قال و من أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها و لا يكلف البينة أنه مات و تركها ميراثاً له و أصله أنه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات و تركها ميراثاً له

أبي حنيفة رحمه الله تعالى و صاحبيه في الفصلين جميعاً أصح و قال الاترازي رحمه الله تعالى و لنا في قوله و هذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير و كذلك لم يذكره في شرح الطحاوي فيما إذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع في العقد انتهى قلت عدم ذكرهم في شروح الجامع الصغير و شرح الطحاوي لا يستلزم عدم ذكر غيرهم (و الوجه ما ذكرناه) أشار به إلى ما ذكر في دليل الطرفين عند قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد ...... إلى آخر ما ذكره.

(فصل في الشهادة على الإرث)

أي هذا فصل في بيان حكم الشهادة على الإرث و لما ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالأحياء شرع يذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت بحسب مقتضى (١) الواقع (قال) أي محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و من أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها) أي فإن المدعي الذي أقام البينة يأخذ الدار بهذه البينة (و لا يكلف البينة) أن يشهدوا (أنه) أي أن أباه (مات و تركها ميراثاً له) أي لإبنه و في الفوائد الظهيرية هذا بالإجماع لكن على اختلاف التخريج فأبو يوسف رحمه الله تعالى لا يقول في الميراث باشتراط الجر و الانتقال من المورث إلى الوارث في قبول البينة و أبو حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و إن كانا يشترطان ذكر الجر و الانتقال بأن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات و تركها ميراثاً له أما ههنا لم يشترطا لأن المدعي أثبت لمورثه يداً في المدعي عند الموت بما أقام من البينة لأن يد المستودع و المستعير يد المودع و المعير فصار كأنه أقام البينة أن أباه مات و الدار في يده و لو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا ههنا (و أصله) أي أصل حكم الشهادة على الإرث (أنه) أي الشأن (متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به للوارث) أي لا يحكم له بذلك الملك (حتى يشهد الشهود أنه) أي أن المورث (مات و تركها) أي ترك تركته (ميراثاً له) أي لهذا الوارث

(١) مقتضى الواقع فان الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت.

عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى هو يقول إن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث و هما يقولان إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة و يحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة و كذا على قيام يده

(عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى) هذا الخلاف مبني على الأصل المذكور و هو أن الشهادة بالميراث يحتاج إلى الجر و الانتقال عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى و لا يحتاج إلى ذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى (هو يقول) أي ابو يوسف رحمه الله تعالى يقول (إن ملك الوارث ملك المورث) لكون الوارثة خلافة ولهذا يرد بالعيب و يرد عليه به و إذا كان كذلك (فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به) أي بالملك (للوارث و هما) أي أبو حنيفة و محمد رحمه الله تعالى (يقولان إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه) أي على الوارث (الاستبراء في الجارية الموروثة و يحل (١) للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير) فلما كان ملك الوارث متجدداً فلا بد من إثبات الملك له ابتداء و هو معني قوله (فلا بد من النقل) بأن يقول الشهود نشهد انه مات و ترك هذا الشيء ميراثاً لهذا لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً (إلا أنه يكتفي بالشهادة) هذا استثناء من قوله لا بد من النقل يعني عندهما لا بد من الجر و النقل إلا أن الشهادة يكتفى بها (على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة و كذا على قيام يده) أي يكتفي بالشهادة على قيام يده عند الموت لأن اليد حينئذ تصير يد ملك بواسطة الضمان لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه و يبين ما كان بيده من الودائع و الغصوب فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما في يده ملكه فجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد تكون اليد يد أمانة و لا ضمان فيها لتنقلب بواسطته يد ملك لأن الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت و لم يبين أنها وديعة فلان لأنه حينئذ ترك الحفظ و هو تعد يوجب الضمان و إذا ثبت هذا فمن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها و لا يكلف البينة أنه مات و تركها ميراثاً له بالاتفاق أما

(١) و يحل للوارث الخ أقول قال الزيلعي رحمه الله تعالى و لولا تجدد الملك لما حل له انتهى و فيه بحث فانه من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث أو غيره يحل له أكل ما عنده من الصدقات و لا تجدد ملك كذا في السعدية.

على ما نذكره إن شاء الله تعالى و قد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير و المودع و المستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن الجر و النقل و إن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات و هي في يديه جازت الشهادة لان الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان و الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت و إن قالوا لرجل حي

عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فلأنه لا يوجب الجر في الشهادة و أما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر (على ما نذكره إن شاء الله تعالى) هذا إشارة إلى ما نذكره عن قريب بقوله لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك (و قد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب) أي هذا الكتاب و هي المسألة التي ذكرها عقيب الفصل بقوله و من أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه ...... إلى آخرها و الحاصل أنه أشار بهذا إلى أن هذه المسألة متفق عليها و أشار إلى بيان وجهها بقوله (لأن يد المستعير و المودع) بفتح الدال أى و يد المودع (و المستأجر) بكسر الجيم أي و يد المستأجر (قائمة مقام يده) أي يد أب المدعي الذي أقام بينة أنها كانت لأبيه (فأغنى ذلك) أى قيام يده عند الموت (عن الجر و النقل) أى عن الشهادة بالجر و النقل (و إن شهدوا أنها) أي أن هذه الدار (كانت في يد فلان مات و هي في يديه جازت الشهادة) قال الاترازي رحمه الله تعالى قوله و إن شهدوا انها كانت في يد فلان أي يد أبيه و صرح صدر الشهيد رحمه الله تعالى في شرح الجامع الصغير حيث قال و إن شهدوا انها كانت في يد أبيه مات و هي في يديه جازت الشهادة (لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطةالضمان) لأنهم لما شهدوا له باليد وقت الموت فلا تخلو اما ان تكون يد ملك أو يد أمانة فإن كانت يد ملك فلا شك و إن كانت يد غصب تصير يد ملك بالضمان و إن كانت يد امانة تصير يد غصب بالتجهيل و هو معنى قوله (و الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل) فتصير يد ملك (فصار) أي قول الشاهد بأنها كانت في يده وقت الموت (بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت) فيثبت النقل إلى الورثة بالضرورة و روي عن الحسنّ انها لا تقبل لأنهم شهدوا بيد منقضية و الأصح انها تقبل لما مر (و إن قالوا لرجل حي) ذكر هذه المسألة استطراداً إذ هي ليست من باب الميراث أي و إن قال الشهود لرجل حي يعني إذا كانت الدار في يد رجل حي فادعاها رجل آخر و ليست الدار في يده فقال الشهود نشهد انها له و قيد بقوله حي لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت في يده وقت الموت تقبل الشهادة بالإجماع و قيد بقوله

نشهد انها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك و لو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا و صار (١) كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي وجه الظاهر و هو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية و هي متنوعة إلى ملك و أمانة و ضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف و بخلاف الأخذ لأنه معلوم و حكمه معلوم و هو وجوب الرد و لأن يد ذي اليد معاين و يد المدعي مشهود به و ليس الخبر كالمعاينة و إن أقر بذلك المدعي عليه

(نشهد انها كانت في يد المدعي) لأنهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالإجماع كذا في قاضي خان و قوله (منذ (٢) اشهر) وجوده كعدمه لأن الخلاف ثابت فيما لم يذكره (لم تقبل) أي هذه الشهادة (و عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك) فالملك إذا ثبت يبقى إلى ان يوجد المزيل فكذا في اليد (و لو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا و صار) هذا (كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي) يعني لو شهدوا انها كانت في المدعي و اخذها المدعى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل الشهادة و ترد الدار إلى المدعي و كذا إذا اقر المدعى عليه بأنها كانت في يد المدعي ترد على ما ذكر في الكتاب. (وجه الظاهر و هو قولهما) أى قول ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى (ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية) اى زائلة يعني يد المدعي زائلة في الحال و ليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر (و هي) اى اليد (متنوعة إلى ملك و أمانة و ضمان) فإذا كان كذلك كانت مجهولة (فتعذر القضاء بإعادة المجهول) أى فتعذر الحكم باعادتها مع قيام الجهالة (بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف و بخلاف الاخذ لانه معلوم و حكمه معلوم و هو وجوب الرد) كيف ما كان قال عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد (و لان يد ذى اليد معاين و يد المدعي مشهود به) و الشهادة خبر (و ليس الخبر كالمعاينة) لاحتمال زوال اليد بعد ما كانت و المعاين راجح لان المعاينة توجب العلم و الشهادة عليه الظن فما كان موجباً للعلم اولى (قال) ليس في كثير من النسخ لفظ قال (و إن (٣) أقر بذلك المدعى عليه) اى أقر بأن

(١)وصار. ن. فصار. (٢)منذ أشهر الخ و فى البحر: ج٧ قوله "منذ شهر" ليس بقيد فان الخلاف ثابت فيما لم يذكره فانه ذكر الامام التمرتاشى رحمه الله تعالى: لو شهدوا لحي أن العين كان في يده لم تقبل لأن اليد محتملة يد غصب أو يد ملك فان كانت يد غصب عن ذى اليد لا تجب إعادته و إن كانت يد ملك تجب فلا تجب بالشك كذا فى النهاية و جامع الفصولين. (٣)و إن أقر الخ قيد بالاقرار باليد مقصودا لأنه لو أقرله بها ضمنا لم تدفع إليه و انما قال دفع إليه دون أن يقول إنه إقرار بالملك له لأنه لو برهن على أنه ملكه فانه يقبل و قيد بكونه أقر أنه كان بيده لأنه لو أقر أنه كان بيد المدعى بغير حق ففيه اختلاف قيل هو إقرار له باليد وبه يفتى وقيل لا إلا أن يقر أنه كان =>

دفعت إلى المدعي لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار و إن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه لأن المشهود به هاهنا الإقرار و هو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة و هذا استحسان لشدة الحاجة إليها إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى اتواء الحقوق و لهذا جوزنا الشهادة على الشهادة و إن كثرت

الدار كانت في يد المدعي (دفعت إلى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار) بل يجب عليه بيانه كما لو أقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه (و إن شهد شاهدان أنه أقر) أى المدعى عليه أقر (أنها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هاهنا الإقرار و هو معلوم) أى المشهود به و هو الإقرار معلوم و المجهول هو المقر به و الجهالة فيه ليست بمانعة لصحة اللإقرار.

(باب الشهادة على الشهادة)

أي هذا باب في بيان حكم الشهادة على الشهادة لما كانت الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول استحقت التأخير لأن الأصل مقدم على الفرع (قال) أى القدوريّ في مختصره (الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) أراد به غير الحدود و القصاص و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال مالك رحمه الله تعالى يقبل في كل الحقوق سواء كان حداً أو غيره و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح (و هذا) أي جواز الشهادة على الشهادة (استحسان لشدة الحاجة إليها) و القياس يأبى جوازها لتمكن الشبهة فيها إذ الأخبار إذا تداولتها الألسن يتمكن فيها زيادة و نقصان و لأن أداء الشهادة عبادة بدينة و العبادة البدنية لا يجري فيها النيابة إلا أنها جوزت استحساناً (إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض) كالموت و السفر و الغيبة (فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق) أي ضياعها و هلاكها (و لهذا) أي و لأجل إتواء الحقوق عند عدم جواز الشهادة على الشهادة (جوزنا الشهادة على الشهادة و إن كثرت) أى الشهادة على الشهادة و إن بعدت

=> بيده بحق كذا في جامع الفصولين و قيد بالاقرار بكونه في يد المدعى لأنه لو ادعى عقارا فأقر المدعى عليه أنه بيده لم تقبل حتى يبرهن المدعى أو يعلم القاضي بخلاف المنقول كذا في البحر. (١)و به قال أحمد رحمه الله تعالى الخ كذا في فتح القدير ص٥٢٢ ج٦ و في المغني لابن قدامة الحنبليّ ص٨٦ ج١٢ الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء و به يقول مالك و الشافعي و أحمد رحمهم الله تعالى قال أبو عبيدٌ أجمعت=>

إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث أن فيها زيادة احتمال و قد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود و القصاص

(إلا أن فيها) أي لكن في الشهادة (شبهة من حيث البدلية) لأن البدل ما لا يصار اليه إلا عند العجز عن الأصل و هذه كذلك فإن قيل لو كان فيها معنى البدلية ينبغي أن لايجوز الجمع بين الأصل و الفرع فإن القاضي لو قضى بشاهد أصل و شاهدين فرعين يجوز و تكميل الأصل بالخلف لا يجوز كما في الوضوء و التيمم ذكره في الكافي أجيب بأن البدلية إنما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو شهادة الأصول و المشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي و إذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلاً عن شهادة الاصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالفروع (أو من حيث أن فيها زيادة احتمال) معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة و في شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم (و قد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود) يعني بشهود الأصل (فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود و القصاص) فالشافعي رحمه الله تعالى في قول يوافقنا في الحدود لا في القصاص فإن قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلدكذا حد فلاناً في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان قلنا المشهود به فعل القاضي

=> العلماء من أهل الحجاز و العراق على إمضاء الشهادة فى الأموال و لأن الحاجة داعية إليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف و ما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده و فى ذلك ضرر على الناس و مشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل و لا تقبل فى حد و هذا قول النخعي و الشعبى و أبى حنيفة و أصحابه رحمهم الله تعالى و قال مالك و الشافعى فى قول و أبو ثور رحمهم الله تعالى تقبل في الحدود و كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بشهادة الفرع و لنا أن الحدود مبنية على الستر و الدرء بالشبهات و الاسقاط بالرجوع عن الإقرار و فى الشهادة على الشهادة شبهة لما يتطرق إليها إحتمال الغلط و السهو و الكذب فى شهود الفروع مع إحتمال ذلك فى شهود الأصل و هذا احتمال زائد لا يوجد فى شهادة الأصل و هو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل فوجب أن لا تقبل فى ما يندرئ بالشبهات و لأنها إنما تقبل للحاجة و لا حاجة إليها فى الحد لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولأنه لا نص فيها و لا يصح قياسها على الأموال لما بينهما من الفرق فى الحاجة و التساهل فيها و لا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها و ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى أنها لا تقبل فى القصاص أيضا و لا حد القذف لأنه قال إنما تجوز فى الحقوق أما الدماء و الحد فلا و هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات و تبتني على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ما عدا الحدود و القصاص و الأموال كالنكاح و الطلاق و سائر ما لا يثبت إلا بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق و الحقوق فيدل على قبولها فى جميع الحقوق و هو قول الخرقي (و قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى) اه ملخصا.

ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين و لنا قول علي رضى الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين

لا نفس الحد و فعل القاضي مما يثبت بالشبهات و أما الذي لا يثبت مع الشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة و إقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فإن قيل أليس أن إقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة قلنا لا و لكن رد شهادته من تمام الحد فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد و هو القذف (و يجوز (١) شهادة شاهدين على شهادة شاهدين و قال (٢) الشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز إلا الأربع على كل أصل إثنان) أي شاهدان من الأربع و به قال عبد الملك المالكي رحمه الله تعالى و اختاره المزني رحمه الله تعالى (لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد) فلا تتم حجة القضاء بها (فصار كالمرأتين) فانهما لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهماء (و لنا قول علي رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين) هذا (٣) غريب يعني لم يثبت و الذي روي عن علي رضى الله عنه ما رواه (٤) عبد الرزاق رحمه الله تعالى في مصنفه أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين بن ضميرة عن أبيه عن جده عن علي رضى الله عنه قال لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان و قال الا ترازيّ و لنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضى الله تعالى عنه أنه قال لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين وجه الاستدلال بذلك أن علياً رضى الله تعالى عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل و لم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر و لم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعاً على شهادة الاصلين و لم يرو عن غير علي رضي الله عنه خلافه

(١)و يجوز الخ و هو قول مالك رحمه الله تعالى كذا في المحلى ص٤٣٩ ج٩. (٢)قال الشافعي رحمه الله تعالى الخ كذا نقل أصحابناً عن الشافعي رحمه الله تعالى و كذا حكاه ابن حزمٌ عنه في المحلى ص٤٣٩ ج٩ و الذى ذكره الشافعي رحمه الله تعالى في الأم ص٢٤٤ ج٦ يدل على جواز الشاهدين على الشاهدين و نصه: و إذا شهد رجلان على شهادة رجلين فقد رأيت كثيرا من الحكام و المفتين يجيزه فمن أجازه فينبغي أن يكون من حجة أن يقول: ليسا بشاهدين على شهادة أنفسهما و إنما يشهدان على شهادة رجلين فهما رجلان كل واحد منهما على رجل و رجل و قد سمعت من يقول: لا أقبل على رجل إلا شهادة رجلين و على آخر شهادة آخرين غيرهما اه فنسبة القول الأول إلى كثير من الحكام و المفتين تدل على ترجيح الأول عليه و الله تعالى أعلم. (٣)هذا غريب كذا في نصب الراية ص٨٧ ج٤ و قال ابن حزمٌ في المحلى ص٤٣٩ ج٩: روينا عن عليٍّ من طريق ابن ضميرة و هو مطرح أنه لا يقبل على شهادة واحد إلا إثنان اه قلت: و هذا قريب من لفظ "الهداية". (٤)رواه عبد الرزاقٌ في الشهادات باب شهادة الرجل على الرجل ص٣٣٩ ج٨ و سنده ضعيف.

و لأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل و لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا و هو حجة على مالك رحمه الله تعالى

فحل محل الإجماع قلت فيه تأمل (و لأن نقل شهادة الأصل من الحقوق) يعني حق من الحقوق إذ طريق جواز الشهادة على الشهادة نقل الشهادة (فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر) فكمل نصاب الشهادة (فتقبل) لكمال النصاب (و لا تقبل (١) شهادة واحد (٢) على شهادة واحد لما روينا) أي من قول (٣) علي رضى الله تعالى عنه (و هو) أي قول علي رضى الله تعالى عنه (حجة على مالك رحمه الله تعالى) فإنه قال في كتبنا و قال مالك رحمه الله تعالى يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد و لكن ذكر في جواهر المالكية لا يجوز و كذا ذكر في الحلية فإذا كان كذلك كيف يكون قول علي رضى الله تعالى عنه حجة على مالك رحمه الله تعالى و في الجملة (٤) أن على قول أحمد رحمه الله تعالى و ابن أبي ليلى و عبد الله بن شبرمة و الحسن البصري و عبد الله بن الحسن العنبري و عثمان البتي و إسحق رحمهم الله تعالى يثبت بشهادة فرع واحد شهادة الأصل

(١)و لا تقبل الخ و هو قول مالك و الشافعي رحمهما الله تعالى كذا في المغني ص٩٥ ج١٢. (٢)شهادة واحد الخ و في البحر: أطلق في الواحد الثاني فشمل المرأة و المراد من الواحد الأول ما كان أقل من نصاب الشهادة فلذا قال في الخزانة: و لو أن عشرة نسوة شهدن على شهادة واحد أو على شهادة إمرأتين او على شهادة إمرأة لا يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل اه و أشار إلى أنه لو شهد النصاب على شهادة واحد لم يقض فلو شهد عشرة على شهادة واحد تقبل و لكن لا يقضى حتى يشهد شاهد آخر لأن الثابت بشهادتهم شهادة واحد كذا في الخزانة و في البزازية معزيا إلى الأصل: شهدا على رجل و أحدهما في شهادة فرع عن آخر ثم شهد هذا بعد نقل شهادة الأصل على شهادة نفسه لا تقبل لأدائه إلى أن يثبت بشهادة واحد ثلاثة أرباع الحق و أنه خلاف وضع الشهادة و لو شهد واحد على شهادة نفسه و آخران على شهادة غيره يصح اه. (٣)من قول علي رضى الله تعالى عنه و هو و ان كان سنده ضعيفا لكنه تأيد بقول الشعبيّ الذي أخرجه ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في المصنف فقال حدثنا وكيع عن اسماعيل الأزرق عن الشعبي رحمه الله تعالى قال: لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين اه و الأزرق هذا ضعيف ضعفه غير واحد و ذكره ابن حبانّ في الثقات و روى له البخاري رحمه الله تعالى في الأدب و ابن ماجة في السنن كذا في التهذيب ص٣٠٣ ج١ فالأثر حسن و قد ثبت في الأصول أن المرسل ضعيف عند الشافعي رحمه الله تعالى و من وافقه من المحدثين و إذا تأيد بفتيا عالم من الصحابةٌ أو التابعينّ صار حجة و الشعبي رحمه الله تعالى تابعي كبير أدرك جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهما و أفتى في زمنهم فاذا تأيد الحديث الضعيف بقوله صار حجة و يحتمل أن يكون حديث علي رضى الله تعالى عنه قد بلغ الامام رحمه الله تعالى بسند غير هذا فلا لوم عليه في الاحتجاج لأن الامام رحمه الله تعالى قد سمع جماعة من أصحاب علي رضى الله تعالى عنه و أدركهم كما لا يخفى على من تتبع مشايخهٌ هذا ملتقط من الاعلاء ص٢٧٦ ج١٥. (٤)و في الجملة الخ كذا في الفتح و المغني.

و لأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة و صفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع إشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا و أشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل و التوكيل على ما مر و لا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي

الواحد لأن الفرع قائم مقام الأصل (و لأنه) أي و لأن نقل الشهادة (حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة) إذ النصاب شرط فلا بد منه (قال) أي القدوري (و صفة الإشهاد أن يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع إشهد على (١) شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا و أشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه) أي عن الأصل و إنما قال (٢) كالنائب و لم يقل نائب عنه لأنه لو كان نائباً عنه حقيقة لما جاز الجمع عند فرعين و أصل بيانه أن للقاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد و فرعين عن أصل آخر و لو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل و الخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء و التيمم (فلا بد من التحميل و التوكيل) لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل إلى مجلس القضاء فلا بد من التحميل و الفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل (على ما مر) أى الذي مضى قبله في فصل ما يتحمله الشاهد (و لا بد أن يشهد) أي الأصل عند الفرع (كما يشهد عند القاضي) أي كما يشهد الأصل عند

---

(١)على شهادتي. و في البحر: قيد بقوله "على شهادتي" لأنه لو قال "إشهد على بذلك" لم تجز له الشهادة لأنه لفظ يحتمل لاحتمال أن يكون الإشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمراً بالكذب و قيد "على" لأنه لو قال "بشهادتي" لم تجز له لاحتمال أن يكون أمراً بأن يشهد مثل شهادته بالكذب و قيد بالشهادة على الشهادة لأن الشهادة بقضاء القاضي صحيحة و إن لم يشهدهما القاضي عليه و ذكر في الخلاصة اختلافا بين أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى فيما إذا سمعاه في غير مجلس القضاء فجوزه أبو حنيفة رحمه الله تعالى و هو الأقيس و منعه أبو يوسف رحمه الله تعالى و هو أحوط اه. و أشار بعدم إشتراط قبوله إلى أن سكوت الفرع عند تحميله يكفى لكن لو قال لا أقبل قال في القنية: ينبغي أن لا يصير شاهدا حتى لو شهد بعد ذلك لا تقبل اه و في الحاوي القدسي: و لا ينبغي أن يشهد الشاهد على شهادة من ليس بعدل عنده اه و في المنحة على البحر: قوله: (فيما إذا سمعاه) أى الشاهدان سمعا القاضي و في البزازية: سمعا من الحاكم يقول حكمت لهذا على هذا بكذا ثم نصب حاكم آخر لهما أن يشهدا به عليه إن سمعاه منه في المصر و هو الأحوط و الذى عليه علم الهدى (أى الامام الما تريدى) و المتأخرون أن كلام العالم و العادل مقبول و كلام الظالم و الجاهل لا إلا الجاهل العادل إن أحسن التفسير يقبل و إلا فلا و لا خفاء أن علم قضاة بلادنا ليس بشبهة فضلا عن الحجة إلا في كتاب القاضي للضرورة.

(٢)و انما قال كالنائب الخ كذا في النهاية و قد يقال إنه فرع عمن تعذر حضوره لا عن الأصل الحاضر فلا يضر الجمع لو جعل نائبا حقيقة إذ هو جمع بين أصل و فرع أصل آخر كذا في البحر.

لينقله إلى مجلس القضاء و إن لم يقل أشهدني على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة و إن لم يقل له إشهد و يقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا و قال لي إشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته و ذكره شهادة الأصل و ذكره التحميل و لها لفظ أطول من هذا و أقصر منه و خير الأمور أوسطها

القاضي بلا تفاوت في القول بأن يقول إني أشهد أن فلاناً بن فلان أقر عندي بكذا فاشهد أنت على شهادتي (لينقله إلى مجلس القضاء) أي لينقل الفرع ما اشهده الاصل إلى مجلس القاضي (و إن لم يقل) أي الأصل عند الفرع (أشهدني على نفسه) أي المقر أو المدعى عليه (جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة و إن لم يقل له) أي و ان لم يقل المقر للسامع (إشهد) علي (قال) أي القدوري (و يقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا و قال لي إشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته) أي شهادة الفرع (و ذكره شهادة الأصل و ذكره التحميل و لها) أي لشهادة الفرع عند الاداء (لفظ أطول من هذا) أي من الذي ذكره القدوري و هو كما قال الخصاف وغيره أن الفرع يقول عند القاضي أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال و أشهدني على شهادته و أمرني أن اشهد على شهادته و أنا أشهد على شهادته بذلك الآن فيحتاج إلى ثمان شينات و فيما ذكر في الكتاب خمس شينات و اختاره الحلواني (و أقصر منه) و هذا أن يقول الفرع عند القاضي أشهد على شهادة فلان بكذا جاز و فيه شينان و اختاره (١) أبو الليث رحمه الله تعالى و استاذه أبو جعفر الهنداوني و حكى فتوى السرخسي به و هكذا ذكره محمد رحمه الله تعالى في السير الكبير و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى (و خير (٢) الأمور أوسطها) و ذكر الجصاص أنه يكفي ثلاث شينات في الاشهاد وست في الاداء و هو أن يقول في الاشهاد أشهد ان فلاناً أقر عندي لفلان بكذا فاشهد على شهادتي أن لفلان على فلان كذا و تقول في الاداء أشهد أن فلانا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا

---

(١)اختاره الخ كذا فى الفتح و هو أيسر و أسهل و أقصر كذا فى البحر و هو الأصح كما فى القهستانى عن الزاهدى كذا فى الدر المختار. (٢)خير الامور الخ قال العلام ابن الهمام فى الفتح: و كلام المصنف أى صاحب الهداية يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات و ذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر بثلاث شينات و هو أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا ثم قال و ما ذكره القدوري أولى و أحوط اه فالحاصل أنه اختار ما اختاره فى الهداية و شرح القدورى من لزوم خمس شينات فى الاداء و هو ما جرى عليه فى المتون كالقدورى و الكنز و الغرر و الملتقى و الاصلاح و مواهب الرحمن و غيرها كذا فى الشامية.

و من قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول (١) إشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل و هذا ظاهر عند محمد رحمه الله تعالى لأن القضاء عنده بشهادة الفروع و الأصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع و كذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجةقال و لا تقبل شهادة شهود الفروع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا

فاشهدني على شهادته فالآن أنا أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا و في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب عليهم أن يذكروا اسماء الاصول و اسماء آبائهم و أجدادهم حتى لو قالا للقاضي نشهد ان رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما يشهدان بكذا و قالا للقاضي لا نسميهما لك او قالا لا نعرف أسماء هما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة (و من قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له إشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل و هذا ظاهر عند محمد رحمه الله تعالى لان القضاء عنده بشهادة الفروع و الاصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع) يعنى أن المشهود عليه بالخيار بين تضمين الاصول و بين تضمين الفروع فليس معناه ان يقضي بنصف الضمان على الاصول و بنصفه على الفروع بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب فللمغصوب منه أن يضمن أيهما شآء و في الذخيرة فان ضمن الفروع فالفروع لا يرجعون على الاصول كما في الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب الأول و ان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع أيضا بخلاف ما لو ضمن المالك الغاصب حيث يرجع به على غاصب الغاصب (و كذا عندهما) أي و كذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لا بد من التحميل (لأنه (٢) لا بد من نقل شهادة الأصول) إلى مجلس القاضى (لتصير) أى شهادة الأصول (حجة فيظهر) أى بالنقل (تحميل ما هو حجة) قوله فيظهر بالنصف لأنه جواب النفي و هو قوله لا بد و يجوز أن يكون معطوفاً على قوله لتصير و هذا أظهر (و لا تقبل شهادة شهود الفروع إلا (٣) أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا

---

(١)يقول. ن. يقول له. (٢) لأنه لا بد الخ و لقائل أن يقول كلام المصنفّ مضطرب لأنه جعل المطلوب فى كلامه التحميل و استدل عليه بقوله لأنه لا بد من النقل ليصير حجة و عطف عليه فيظهر بالنصب و ذلك يقتضى أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل و النقل لا يكون إلا بالتحميل كذا فى العناية: و فى السعدية على العناية: (قوله: و ذلك يقتضى أن يكون التحميل الخ) أقول هذا مسلم بل اللازم ظهور كون التحمل بما هو حجة بعد النقل. (٣)إلا أن يموت الخ ظاهر كلامه الحصر فى الثلاثة و ليس كذلك فقد صرح فى القنية بأن الأصل إذا كانت امرأة مخدرة يجوز إشهادها على شهادتها و هى التى لا تخالط الرجال و لو خرجت لقضاء حاجة أو للحمام اه و فى السراج =>

مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحكم لأن جوازها للحاجة و إنما تمس عند عجز الأصل و بهذه الأشياء يتحقق العجز و إنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة و مدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس

مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً) قدر الغيبة بمدة السفر لتعلق الأحكام بمدة السفر كقصر الصلاة و الإفطار في الصوم و إمتداد مسح الخف و عدم وجوب تكبيرات التشريق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و الأضحية و الجمعة و حرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمدُ في رواية (أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه) أي مع المرض (حضور مجلس الحاكم لأن جوازها للحاجة) أي لأن جواز الشهادة على الشهادة لأجل حاجة الناس مع أن القياس يأباها (و إنما تمس) أي الحاجة (عند عجز الأصل) أى شهود الأصل (و بهذه الاشياء) أى الموت و الغيبة و المرض (يتحقق العجز و إنما اعتبرنا السفر) أي مدة السفر في الغيبة (لأن المعجز) اسم فاعل من التعجيز (بعد المسافة و مدة السفر بعيدة حكماً) أي من حيث الحكم (حتى أدير عليها) أي على مدة السفر (عدة من الأحكام) وهي التي ذكرناها الآن (فكذا سبيل هذا الحكم) أي حكم غيبة شهود الأصل (و عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه) أي الشاهد الأصل (إن كان في مكان لو غدا) أي لو ذهب بكرة النهار (لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله) بعد الرواح من مجلس القاضي (صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس) و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في قول و أحمد رحمه الله تعالى في رواية و قال بعض أصحاب مالك رحمه الله تعالى لا تقبل فى الحدود إلا فى الغيبة البعيدة لا فى ثلاثة أيام و يجوز اليومان فى غير الحدود و في الذخيرة روى عن محمد رحمه الله تعالى تجوز الشهادة على الشهادة كيف ما كان حتى روى أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد و شهد الفرع في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم و قال

=> الوهاج: إذا كان شاهد الأصل محبوسا في المصر فأشهد على شهادته هل يجوز للفرع أن يشهد على شهادته؟ و إذا شهد عند القاضى هل يحكم بها قال فى الذخيرة: اختلف فيه مشايخ زماننا قال بعضهم إن كان محبوسا فى سجن هذا القاضى لا يجوز لأن القاضى يخرجه من سجنه حتى يشهد ثم يعيده إلى السجن و إن كان فى سجن الوالى و لا يمكنه الخروج للشهادة يجوز اهـ و أطلق فى التهذيب جوازها بحبس الأصل و قيد شهادة الفرع أى عند القاضى لأن وقت التحمل لا يشترط له أن يكون بالأصول عذر كذا فى البحر.

قالوا الأول أحسن و الثاني أرفق و به أخذ الفقيه أبو الليث قال فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز لأنهم من أهل التزكية و كذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمران فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف و إن قوله مقبول في حق نفسه و إن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال و إن سكتوا عن تعديلهم جاز و ينظر القاضي في حالهم

شمس الأئمة السرخسي و السغدي في شرح أدب القاضي للخصاف شهادة الفروع و الاصول في المصر يجب أن تجوز على قولهما و على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا تجوز و في الفتاوي الصغرى قال محمد رحمه الله تعالى أقبل الشهادة على الشهادة و الشهود على شهادتهم في المصر من غير مرض و لا علة (قالوا) أي المشايخ (الأول) (١) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لأن العجز شرعاً يتحقق فيه (و الثاني) (٢) و هو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى (أرفق) لأن فيه رفقا بالناس (و به) أي و بالثاني (أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى) و كثير من المشايخ (قال) أي القدوري (فإن عدل شهود الاصل) بالنصب على المفعولية (شهود الفرع) بالرفع على الفاعلية (جاز) أى إن عدل الفروع الاصول جاز باجماع الائمة الاربعة (لانهم) أي لان شهود الفرع (من أهل (٣) التزكية) فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم و تزكية غيرهم و ذكر الخصاف يسأل القاضي الفروع عن الاصول و لا يقضي قبل السؤال فان عدلوهم ثبتت عدالتهم في ظاهر الرواية و عن محمد رحمه الله تعالى لا تثبت عدالتهم بتعديل الفروع لأن فيه تهمة تنفيذ شهادة انفسهم و الصحيح ظاهر الرواية لان العدل لا يتهم بمثله (و كذا) أي و كذا الحكم (إذ شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا) من أنه من أهل التزكية (غاية الامر أن فيه) أي غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله لانه متهم بسبب أن في تعديله (منفعة له من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف و ان قوله) أي كيف يتهم و الحال أن قوله (مقبول في حق نفسه و إن ردت شهادة صاحبه) حتى إذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما و إذا كان الأمر كذلك (فلا تهمة) حينئذ (قال و إن سكتوا عن تعديلهم) أي و إن سكت الفروع عن تعديل الاصول (جاز) أي شهادة الفروع (و ينظر القاضي في حالهم) أي في حال شهود

---

(١)الأول الخ و هو ظاهر الرواية كذا في البحر معزيا إلى الحاوى و عليه الفتوى كذا فى الشامية معزيا إلى القهستاني. (٢)الثاني الخ قال فخر الاسلام إنه حسن كذا في البحر و فى القهستاني و السراجية و عليه الفتوى كذا فى الدر المختار. (٣)من أهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة. العناية.

و هذا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإن (١) لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل و لأبي يوسف رحمه الله تعالى أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم و إذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم و شهدوا قال و إن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين و هو شرط و إذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم و قالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة

الاصل يعني يسأل القاضي عن عدالة شهود الاصل من المزكين غير شهود الفرع (و هذا) أي و هذا المذكور (عند أبي يوسف رحمه الله تعالى و قال محمد رحمه الله تعالى لا تقبل لانه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها) أي إذا لم يعرف الفروع عدالة الاصول (لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل و لابي يوسف رحمه الله تعالى أن المأخوذ عليهم) أى أن الواجب على شهود الفرع (النقل دون التعديل لانه) أي لان التعديل (قد يخفى عليهم) فيرجع الأمر إلى القاضي (و إذا نقلوا) أى شهادتهم (يتعرف القاضي العدالة) أي يتكلف في السؤال عن عدالتم (كما إذا حضروا) أي شهود الاصل (بأنفسهم و شهدوا) قال القاضي يتعرف عدالتهم فكذا هذا و إذا قالوا لا نعرف أن الاصول عدول أولا قال السغديّ هذا و قولهم لا نخبرك سواء فإذا قالوا لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم و قال الحلوانيّ لو قالوا لا نعرف عدالتهم لا يرد القاضي شهادتهم و يسأل من غيرهم عن حال الاصول و هو الصحيح (قال) أى القدوريّ (و إن أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) و في الكافي معنى المسألة أنهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة و ماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضورهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع و ان لم ينكروا (لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين) أى بين خبر الفروع و خبر الاصول (و هو) أى التحميل (شرط) لصحة شهادة الفروع (قال) أى محمد رحمه الله تعالى في الجامع الصغير (و إذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم و قالا) أي قال الفرعان (أخبرانا) أى الاصلان (انهما) أى ان الاصلين (يعرفانها) أى يعرفان فلانة (فجاء بامرأة) (٢) بتوحيد الفعل أى (٣) فجاء المدعي بامرأة كذا قاله الأترازيّ و في بعض النسخ فجاءا بلفظ التثنية أى

---

(١)فان. ن.فاذا. (٢)فجآء أقول لعل الفاء للترتيب الذكرى إذ لا يسمع الشهادة قبل حضور الخصم أو قوله شهد رجلان بمعنى أرادا الشهادة و لعل هذا هو الأولى و يدل عليه قول الامام التمرتاشيّ ليمكن للشاهد الاشارة إليها فى الشهادة كذا فى السعدية. (٣)أى فجاء المدعى الخ و هو أنسب كذا فى الفتح.

و قالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت و المدعي يدعي الحق على الحاضرة و لعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة و نظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها و شهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه و كذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه قال و كذلك كتاب القاضي إلى القاضي

فجاء الفرعان بامرأة (و قالا) أى الفرعان (لا ندري أهي هذه) اى فلانة هذه (أم لا فإنه) أي فإن الشأن (يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان) كلمة هات بكسر التاء يقال هات يا رجل أي أعطني و للمرأة هاتي بالياء و ذكره (١) الجوهري في الاجوف اليائي و قال الخليل أصل هات من آتى يؤتى فقلبت الألف هاء و المعنى أحضر شاهدين يشهدان (أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة) على وزن اسم المفعول من التعريف (بالنسبة قد تحققت) كما تحملوها فصح النقل و لكن قولهم لا ندري هي هذه أم لا يوجب جرحاً في شهادتهم (و المدعي يدعي الحق على الحاضرة و لعلها غيرها) أي و لعل المرأة الحاضرة غير تلك المرأة فوجب التوقف (فلا بد من تعريفها) أي من تعريف المرأة الحاضرة (بتلك النسبة و نظير هذا) أى نظير حكم المسألة المذكورة (إذا تحملوا الشهادة) أي إذا تحملت جماعة الشهادة (ببيع محدودة بذكر حدودها و شهدوا على المشتري) بعد ما أنكر أن يكون المحدود بها في يده (لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه) توضيحه ما قال العتابي وغيره أنه إذا ادعى رجل على رجل محدودة في يديه و شهد الشهود أن هذه المحدودة المذكورة بهذه الحدود ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدودة بهذه الحدود التي ذكرها الشهود فيقال للمدعي هات شاهدين على أن الذي في يديه محدودة بهذه الحدود ليصح القضاء (و كذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه) قال التمرتاشي يعني لو قال المدعي أن المذكور بهذه الحدود ملكه في يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدى غير محدود بهذه الحدود فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان ان الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء (و كذلك كتاب القاضي إلى القاضي) يعني كتب في كتابه شهد عدلان عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية كذا فاقض عليها انت بذلك فأحضر المدعي امرأة في مجلس

---

(١) ذكره الجوهري في الصحاح مادة هيت ص ٢٧١ ج ١.

لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته و وفور ولايته يتفرد بالنقل و لو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها و هي القبيلة الخاصة و هذا لأن التعريف لا بد منه في هذا و لا يتحصل (١) بالنسبة العامة و هي عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون و يحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة و قيل الفرغانية نسبة عامة و الأوزجندية خاصة

المكتوب اليه و دفع الكتاب اليه و أنكرت أنها فلانة يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة فى هذا الكتاب ليمكن الإشارة اليها في القضاء عليها (لأنه) أي لأن كتاب القاضى إلى القاضي (في معنى الشهادة على الشهادة الا أن القاضي) جواب إشكال مقدر هو أن يقال إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي لأنه سمع الشهادة من الشاهدين و نقل شهادتهما بالكتاب فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه و شهد و هناك يشترط اثنان فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب ان يكون اثنين فأجاب بقوله إلا أن القاضى ...... إلى آخره تقديره أن القاضي (لكمال ديانته و وفور ولايته يتفرد بالنقل) فلا يشترط به قاض آخر (و لو قالوا) أي الشهود (في هذين البابين) أي باب الشهاة على الشهادة و باب كتاب القاضى إلى القاضى فلانة بنت فلان (التميمية) أي المنسوبة إلى بني تميم (لم يجز) أي الشهادة (حتى ينسبوها إلى فخذها و هي القبيلة الخاصة) يعني التي ليس دونها أخص منها. و قال في الصحاح (٢) الفخذ آخر القبائل الست أولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ و قال في غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل و القبيلة تجمع العمائر و العمارة بكسر العين تجمع البطون و البطن يجمع الأفخاذ و الفخذ بسكون الخاء يجمع الفصائل خذيمة شعب و كنانة قبيلة و قريش عمارة و قصي بطن و هاشم فخذ و العباس فصيلة (و هذا) أي عدم الجواز (لأن التعريف لا بد منه في هذا و لا يتحصل) أي التعريف (بالنسبة العامة و هي) أي التميمية (عامة بالنسبة الى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون و يحصل) أي التعريف (بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة) فسر المصنف الفخذ بالقبيلة الخاصة و فسر العتابي بالأب الأعلى الذي ينسب ابوها اليه (و قيل الفرغانية نسبة عامة و الأوزجندية خاصة) أى الفرغانية نسبة إلى فرغانة بفتح الفاء و سكون الراء و بالغين المعجمة بعدها الف و نون وهاء إسم لإقليم فيما وراء النهر و فيها مدن كثيرة و فيها سكك منها أوزجند و أشار بهذا إلى ان التعريف لا يحصل بالنسبة العامة لأن الفرغانية عامة بالنسبة إلى الاوزجندية

---

(١) لا يتحصل. ن. لا يحصل. (٢) الصحاح للجوهري مادة فخذ ص٥٦٨ ج٢.

و قيل السمرقندية و البخارية عامة و قيل إلى السكة الصغيرة خاصة و إلى المحلة الكبيرة و المصر عامة ثم التعريف و إن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى.

فصل

لأن فرغانة فيها نساء كثيرة اتحدت أساميهن و أسامي آباءهن بخلاف الاوزجندية فإنها خاصة لأن اوزجند اسم حارة خاصة(و قيل السمرقندية و البخارية عامة)يعني النسبة إلى سمرقند أو إلى بخارى عامة و كل واحدة منهما فيما وراء النهر و هما مشهورتان و النسبة إلى كل واحدة منهما عامة (و قيل إلى السكة الصغيرة)أي النسبة إلى السكة الصغيرة (خاصة و إلى المحلة الكبيرة و المصر عامة) حاصل الكلام أن النسبة إلى ما هي خاصة فيها يحصل التعريف بها بخلاف النسبة إلى ما هي عامة فيها حيث لا يحصل التعريف بها لأن المحلة الكبيرة و مصر يشتمل كل منهما على ناس كثيرين يتحد أساميهم و اسامي آبائهم فلا يحصل التعريف بذلك و قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى لو شهد على فلانة البلخية لا يقع بهذا التعريف ما لم ينسباها إلى محلها و سكتها (ثم التعريف و إن كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة و محمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه) أي لأن الفخذ (إسم الحد الاعلى) أي في ذلك الفخذ الخاص (فنزل منزلة الجد الادنى) في النسبة و هو أب (١) الأب.

(فصل)

أي هذا فصل في ذكر شهادة الزور (٢) ذكره في فصل على حدة لأن لها أحكاماً مخصوصة و

(١)أب الأب قال المحقق العلام ابن الهمام في الفتح: و لا يخفى أنه ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضي لأنه قد لا يعرفه و إن نسبه إلى مائة جد بل ليثبت الاختصاص و يزول الاشتراك فانه قلما يتفق إثنان في إسمهما و إسم أبيهما و جدهما أو صناعتهما و لقبهما فما ذكر عن قاضيخان من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك الأوجه منه ما في الفصولين من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا اه ملخصا و في الشامية: و المراد بالثلاثة اسمه و اسم أبيه و جده أو صناعته أو فخذه فانه يكفي عن الجد خلافا لما في البزازية و في إيضاح الاصلاح: وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لأنهم ضيعوا أنسابهم اه و في البحر عن البزازية: و إن كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كشهرة الامام أبي حنيفة رحمه الله تعالى يكفي عن ذكر الأب و الجد و لو كني بلا تسمية لم يقبل إلا إذا كان مشهورا كالامام. (٢)الزور و في القاموس: الزور بالضم الكذب و الشرك بالله تعالى و أعياد اليهود و النصارى و الرئيس و مجلس الغناء و ما يعبد من دون الله و القوة و هذه وفاق بين لغة العرب و الفرس و نهر يصب في دجلة و الرأى و العقل و الباطل =>

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى شاهد الزور أشهره في السوق و لا أعزره و قالا نوجعه ضرباً و نحبسه و هو قول الشافعي رحمه الله تعالى لهما ما روي عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً و سخم وجهه

أخرها لأن الاصل هو الصدق (قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى شاهد الزور أشهره في السوق و لا أعزره) قوله شاهد الزور كلام إضافي مبتدأ و قوله أشهره خبره و الجملة مقول القول (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (نوجعه ضرباً) بنون الجماعة و ضرباً منصوب على التمييز (و نحبسه) كذلك بنون الجماعة (و هو) أي قولهم (قول الشافعي رحمه الله تعالى) و به قال مالك و احمد رحمهما الله تعالى و عامة العلماءؒ (لهما) أي لأبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (ما روي عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً و سخم وجهه) هذا رواه (١) ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى في مصنفه في الحدود حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضى الله تعالى عنه كتب إلى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطاً و يسخم وجهه و يحلق رأسه و يطاف به و يطال حبسه و روى (٢) عبد الرزاقؒ في مصنفه أخبرنا ابن جريج قال حدثت عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً و قوله سخم من التسخيم و قال (٣) الاكملؒ سخم وجهه بالخاء المعجمة

=> إلى آخره و عند الفقهاء الشهادة الباطلة عمدا. (١)رواه ابن أبي شيبة رحمه الله تعالى فى الحدود (باب) فى شاهد الزور ما يعاقب به ص٥٨ ج١٠ و (باب) من رخص فى حلقه و جزه ص٤١ ج١٠. (٢)روى عبد الرزاقؒ فى الشهادات باب عقوبة شاهد الزور ص٣٢٧ ج٨ و البيهقى رحمه الله تعالى فى آداب القاضى باب ما يفعل بشاهد الزور ص١٤٢ ج١٠ قال المحقق الفهام ابن الهمامؒ فى فتح القدير: وجه الاستدلال باثر عمر رضى الله تعالى عنه ممن يرى تقليد الصحابى رضى الله تعالى عنه ظاهر أما من لا يراه فبوجهين أحدهما عدم النكير فيما فعل عمر رضى الله تعالى عنه فكان إجماعا و ليس بشئ لأن الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرض أنه أداه اجتهاده إلى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد فى محل إجتهاده فلا حجة فى هذا السكوت و الثانى أنه أتى كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبى ﷺ فيما روى البخارى رحمه الله تعالى (فى الأدب باب عقوق الوالدين من الكبائر ص٨٨٤ ج٢) عن أبى بكرة رضى الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الا أنبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله و عقوق الوالدين و كان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور و شهادة الزور مرتين فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت و قرن تعالى بينها و بين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الأوثان و اجتنبوا قول الزور (الحج: ٣٠) و إذا كانت كبيرة و ليس فيها تقدير شرعى ففيها التعزير و هذا لا ينتهض على أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه انما يقتضى التعزير و هو لا ينفيه بل قال به على ما حققناه لكنه ينفى الزيادة فيه بالضرب و الحق أنه ينتهض عليه لأنه ينفى ضربه و هما يثبتانه فان كان الضرب زيادة فى التعزير فليكن إذ قد ثبت الزيادة فيه به. (٣)قال الأكملؒ فى العناية ص٥٣٣ ج٦.

و لأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد و ليس فيها حد مقدر فيعزر و له أن شريحاً كان يشهره و لا يضرب و

من السخام سواد القدر و هو سواد القدر أو بالحاء المهملة من الأسحم و هو الاسود ثم قال لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة و هو غير مشروع و لا يبلغ التعزير إلى أربعين لان مقصودهما إثبات ما نفاه أبو حنيفة رحمه الله تعالى من التعزير بالضرب فإنه يدل على ان أصل الضرب مشروع في تعزيره و ما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة (و لأن هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) و عدت في الحديث الصحيح من الكبائر (يتعدى ضررها) أي ضرر شهاد الزور (إلى العباد) باتلاف اموالهم (و ليس فيها حد مقدر) من حيث الشرع (فيعزر) بالتعزير المذكور (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن (١) شريحاً رحمه الله تعالى) و هو شريح بن الحارث الكندي القاضي رحمه الله تعالى (كان يشهره) أى شاهد الزور (و لا يضرب و

(١) أن شريحاً الخ رواه محمد رحمه الله تعالى فى الآثار باب شهادة الزور ص ١٥٣ قال أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن الهيثم بن أبى الهيثم عمن حدثه عن شريح قال: إذا أخذ شاهد زور فان كان من أهل السوق بعث به إلى السوق فقال لرسوله: قل لهم: إن شريحا يقرئكم السلام و يقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذوره و إن كان من العرب أرسل به إلى مسجد قومه أجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال فى المرة الأولى و نحوه ما رواه ابن أبى شيبة رحمه الله تعالى فى الأقضية (باب) شاهد الزور ما يصنع به فقال حدثنا وكيع قال حدثنا سفيان عن أبى الحصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد قومه أو إلى سوقه و يقول إنا قد زيفنا شهادة هذا و قال المحقق العلام ابن الهمام فى الفتح: و قد يقال ليس فى هذه الرواية ما يصرح بأنه لم يضربه بل أنه فعل ذلك و لا ينفى هذا أن يكون مع شئ آخر ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق (فى الشهادات باب عقوبة شاهد الزور) أخبرنا الثورى عن الجعد بن ذكوان قال أتى شريح بشاهد زور فنزع عمامته عن رأسه و خفقه خفقات بالدرة و بعث به إلى المسجد يعرفه الناس غير أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان فرضنا أنه وقع الضرب و قد قلنا انه انما يعرف شاهد الزور باقراره فكان ذلك قبل أن يدرى شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك فقد كان يظن أنه لا يحبس و لا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه الضرب و صار ذلك مستقرا فى النفوس يكون صارفا له عن الرجوع و حاملا على التمادى فوجب أن يترك و يكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله ﷺ فجاز أن يجتهد فى نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر و أما الجواب بأن ما روى من ضرب عمر رضى الله تعالى عنه و التسخيم كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر رضى الله تعالى عنه به إلى عماله فى البلاد و أما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الاربعين و لا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشئ فان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه و قد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله تعالى أن يبلغ به خمسة و سبعون و تسعة و سبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله تعالى عنه كذلك و أما كون التسخيم مثلة منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله تعالى عنه أن المثلة ليست إلا فى قطع الأعضاء و نحوه مما يفعل فى البدن و يدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول اه فالحاصل أن المحقق ابن الهمام رجح قولهما و فى البحر معزيا إلى و فى السراجية: الفتوى على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

لأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به و الضرب و إن كان مبالغة في الزجر و لكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه و حديث عمر رضى الله تعالى عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين و التسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريحٌ فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن

لان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به و الضرب و إن كان مبالغة في الزجر و لكنه يقع مانعاً عن الرجوع) فإنه إذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع و فيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه) فإن قلت قال في المبسوط (١) شاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لأنه لا تتمكن تهمة الكذب في إقراره على نفسه فلا طريق لاثبات ذلك بالبينة عليه لانه نفى لشهادته و البينة حجة الاثبات دون النفي و قال شيخ الاسلام رحمه الله تعالى في مبسوطه شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب متعمداً أو يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى يثبت كذبه بيقين فأما لو قال غلطت أو اخطأت أو ردت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الدعوى و الشهادة لا يعزر أصلاً و قال ابو محمد الكاتب رحمه الله تعالى هذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما ان يرجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف و إن رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب بلا خلاف و ان كان لا يعلم فعلى الاختلاف ثم قال لو تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك؟ فعلى الوجهين إن كان فاسقاً تقبل توبته لأن الذي حمله على شهادة الزور فسقه فإذا تاب و ظهرت توبته فقد زال فسقه فتقبل و لم يعين في الكتاب مدة ظهور توبته فقال بعض المشايخٌ سنة و قيل ستة أشهر و الصحيح انه مفوض إلى رأى القاضي أما لو كان مستوراً لا تقبل شهادته أبداً و كذا إذا كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب لا تقبل شهادته أبداً على رواية بشرٌ عن أبي يوسف رحمه الله تعالى و روى أبو جعفرٌ أنها تقبل قالوا و الفتوى على هذا كذا ذكره المحبوبيٌ في جامعه (و حديث عمر رضي الله تعالى عنه محمول على السياسة) هذا جواب عما إحتجا به من حديث عمر رضى الله تعالى عنه بيانه أن عمر رضى الله تعالى عنه فعل ذلك على طريق السياسة لا على طريق التعزير (بدلالة التبليغ إلى الأربعين) لانه لو كان على سبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حداً في غير حد (و (٢) التسخيم) بالجر عطفاً على قوله بدلالة التبليغ و هو أيضاً يدل على ما قلنا ولأنه مثلة و هي منسوخة بالإجماع (ثم تفسير التشهير منقول عن شريحٌ فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن

---

(١) المبسوط للسرخسيٌ باب شهادة الزور و غيرها ص١٤٥ ج١٦. (٢) و التسخيم هذا تاويل شمس الأئمةٌ و أوله شيخ الاسلام بالتخجيل بالتفضيح و التشهير فان الخجل يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى: وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا (النحل: ٥٨) كذا في العناية.

كان سوقيا و إلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع كانوا و يقول إن شريحاً رحمه الله تعالى يقرأ عليكم السلام و يقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه و حذروا الناس منه و ذكر شمس الائمة السرخسيّ أنه يشهر عندهما أيضاً و التعزيز و الحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما و كيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود و في الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا و قالا يعزران (١) و فائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك

كان سوقياً و إلى قومه) أي و يبعثه إلى قومه (إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا) أي (٢) مجتمعين أو إلى موضع يكون اكثر جمعاً للقوم (و يقول) أي الذي يبعثه (إن شريحاً رحمه الله تعالى يقرأ عليكم السلام و يقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه و حذروا الناس منه) حتى لا يستشهدوا به فإن قيل أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى تقليد التابعي حتى روي عنه أنه قال لا نقلد هم رجال اجتهدوا و نحن رجال نجتهد قلنا ذكر في النوادر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في تقليد التابعي الذي زحم الصحابة رضى الله تعالى عنهم في الفتوى قال أنا أقلده فالجواب على هذه الرواية ظاهر و على ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قول شريحٌ محتجاً به و إنما ذكره لبيان أن احتجاجه بتجويز الصحابة رضى الله عنهم فعله فإنه كان قاضياً في زمن عمر و علي رضى الله تعالى عنهما و مثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضى الله تعالى عنهما و لم ينكره أحد من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فحل محل الإجماع و كان احتجاجاً باجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم لا تقليد شريحٌ (و ذكر شمس الائمة السرخسيّ أنه) أي شاهد الزور (يشهر عندهما أيضاً و التعزير و الحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما) أي عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (و كيفية التعزير ما ذكرناه في (٣) الحدود و في الجامع الصغير شاهدان أقرا انهما شهدا بزور لم يضربا) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى (و قالا) أي قال أبو يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (يعزران و فائدته) أي و فائدة وضع الجامع الصغير بقوله شاهدان أقرا إلى آخره (أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك) أي بالزور يعني أنه لا يثبت

---

(١) يعزران. ن. يضربان. (٢) أى مجتمعين الخ أقول فيه بحث لأن قوله "أجمع ما كانوا" حال من الظرف أى حال كونه أجمع الأوقات التى كانوا فيها أو أجمع أوقات أكوانهم على أن ما مصدرية كما فى أخطب ما يكون الامير قائما و هذا أو لى و يجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له كذا فى السعدية. (٣) فى الحدود قال فى فصل التعزير: التعزير أكثره تسعة و ثلاثون سوطا و أقله ثلاث جلدات و قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يبلغ التعزير خمسا و سبعين سوطا اه.

فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لانه نفى الشهادة و البينات للإثبات و الله أعلم.

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال و إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق إنما يثبت بالقضاء و القاضي لا يقضي بكلام متناقض و لا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيئاً لا على المدعي و لا على المدعى عليه (١) فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض و لانه

كذب الشاهد إلا بإقراره (فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة) فلا تسمع (و البينات للاثبات و الله أعلم) أي مشروعية البينات لإثبات الاحكام و قد مر الكلام فيه عن قريب.

(كتاب (٢) الرجوع عن الشهادات)

أي هذا كتاب في بيان أحكام الرجوع عن الشهادات وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الرجوع يقتضي سبق وجود الشهادة لا محالة قيل ركنه قول الشاهد شهدت بزور فيما شهدت به و شرطه أن يكون عند القاضي و حكمه إيجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعده و الضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء و كان المشهود به مالاً و قد أزاله بغير عوض و الرجوع عن الشهادة مشروع بالإجماع و عن عمر رضى الله تعالى عنه الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل (قال) أى القدوريّ (و إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت) أي الشهادة و لا خلاف فيه (لأن الحق إنما يثبت بالقضاء) أي بالحكم (و القاضي لا يقضي بكلام متناقض) لأن الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه و القضاء بالكلام المتناقض لا يجوز (و لا ضمان عليهما لأنهم ما أتلفا شيئاً لا على المدعي و لا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا) يعني بعد الحكم (لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض) لأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى ما لا يتناهى لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب اعادة القضاء الأول كذا في المبسوط (و لأنه) أي و

---

(١) المدعي عليه. ن. المشهود عليه. (٢) كتاب الرجوع الخ لما كان هذا ايجاب رفع الشهادة و ما تقدم ايجاب إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذالك للموازاة بينهما و إلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما لذاك و لتحققه بعد الشهادة إذ لا رفع إلا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبته لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالبا إلا لتقدمها عمدا أو خطأ كذا فى فتح القدير أقول إن تحت هذا الكتاب أبوابا متعددة لكن المصنفّ ذكر بعضها و إن لم يصرح بالباب أو الفصل و ترك بعضها و ترجم فى التتارخانية بالكتاب و ذكر تحته ستة عشر فصلا ساقها على نسق.

في الدلالة على الصدق مثل الاول و قد ترجح الأول بإتصال القضاء به و عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان و التناقض لا يمنع صحة الإقرار و سنقرره من بعد إن شاء الله تعالى و لا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس و هو مجلس القاضي أي قاض كان

لأن الكلام الآخر (في الدلالة على الصدق مثل الاول) و كل ما كان كذلك ساواه و احتيج فيه إلى الترجيح (و قد ترجح الأول باتصال القضاء به) فلا ينتقض به (و عليهم) أي و على الشهود (ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان) فقضاء القاضي و ان كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعدياً فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق (و التناقض لا يمنع صحة الإقرار) هذا جواب عما يقال كلامهم متناقض و ذلك ساقط العبرة فعلام الضمان و وعد بتقريره من بعد بقوله (و سنقرره من بعد إن شاء الله تعالى) و في المغني كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى اولاً يقول فيما رجع بعد القضاء ينظر إلى حال الراجع إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه و في حق غيره حتى وجب عليه التعزير و ينقض القضاء و يرد المال على المشهود عليه و إن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دونه يجب عليه التعزير و لا ينقض القضاء و لا يجب الضمان عليه و هو قول استاذه حماد رحمه الله تعالى ثم رجع عن هذا و قال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء و لا يرد المشهود به على المشهود عليه و هو قول أبي يوسف و محمد و الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله تعالى و روي عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى أنه إذا كان حال الشهود فذكر مثل ما ذكرناه الآن ...... إلى آخره (قال) أي القدوري (و لا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم) سواء كان هو الحاكم الأول أو غيره (لأنه) أى لأن الرجوع عن الشهادة (فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس و هو مجلس القاضي أي قاض كان) و قال الاكمل و هذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة و هو ممنوع فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة و الإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم و الجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها و الرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان

و لان الرجوع توبة و التوبة على حسب الجناية فالسر بالسر و الإعلان بالإعلان و إذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما و أراد يمينهما لا يحلفان و كذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعاً باطلاً حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا و ضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قال و إذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر و قد سببا للإتلاف تعدياً

الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة و الإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو يثبت في ضمنه فكان من توابعه (و لأن الرجوع توبة) أي لان الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب (و التوبة على حسب الجناية فالسر بالسر و الإعلان بالاعلان) فالشهادة كانت بالإعلان و الرجوع أيضاً كذلك و هذا اللفظ جآء في حديث معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ بعثه إلى اليمن فقال معاذ رضى الله تعالى عنه أوصني يا رسول الله قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت و اذكر الله تعالى عند كل شجر و حجر و إذا علمت شراً فاحدث توبة السر بالسر و العلانية بالعلانية (و إذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما و أراد يمينهما لا يحلفان) لان البينة و اليمين يترتبان على دعوى صحيحة و دعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة (و كذا لا تقبل بينته) أي بينة المشهود عليه (عليهما) أي على الشاهدين (لانه إدعى رجوعاً باطلا) إذ الرجوع في غير مجلس القاضي باطل (حتى لو أقام) أى المشهود عليه (البينة أنه رجع عند قاضي كذا و ضمنه المال تقبل) أي بينته (لان السبب صحيح) قال (١) الاكمل رحمه الله تعالى الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي و معناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا إلى الآن و يجوز ان يكون للمدعي و معناه طلب من القاضي تضمينه و الألف و اللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه و هو قبول البينة أي لان سبب قبول البينة صحيح و هو دعوى الرجوع في مجلس الحكم و قيل هو الضمان و معناه لان (٢) سبب الضمان صحيح و هو الرجوع عند الحاكم و ليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فإنها قبول البينة لا وجوب الضمان (قال) اى القدوري (و إذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه) و به قال مالك و احمد و الشافعي رحمهم الله تعالى في القول الاصح و عنه في قول لا يضمنان (لان التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر) و واضع الحجر (و قد سببا) اى الشاهدان (للإتلاف تعدياً) أى من حيث التعدى فوجب الضمان على الشهود

و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر و هو القاضي لانه كالملجأ إلى القضاء و في ايجابه صرف الناس عن تقلده و تعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب و إنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً لان الإتلاف به يتحقق و لانه لا مماثلة بين أخذ العين و إلزام الدين

(و قال الشافعي رحمه الله تعالى لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة) هذا ينتقض بشهود القصاص إذا رجعوا على أصله و بالمحرم إذا أمسك صيداً حتى قتله محرم آخر لا يقال إن الشهود لم يوجد منهم إلا مجرد القول و مجرد القول لا يوجب الضمان لأنا نقول يبطل ذلك بشهود العتق و الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا (قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر و هو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء) لأن القضاء فرض عليه بما يثبت عنده ظاهراً حتى لو لم ير وجوب القضاء عليه يكفر و لو رأى ذلك و مع هذا أخر القضاء يفسق و إذا كان كالملجأ كان معذوراً في قضائه و إنما قال كالملجأ و لم يقل إنه ملجأ حقيقة إذ لو كان ملجأ حقيقة على الحكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبهم كما في المكره كما هو مذهب الشافعي رحمه الله تعالى و ليس كذلك و هذا لأن الملجأ حقيقة من يخاف العقوبة الدنيوية و القاضي إنما يخاف عقوبة الآخرة و لا يصير به ملجأ حقيقة لأن كل أحد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة و لا يصير به مكرهاً و لكن لا يجب الضمان على القاضي لأنه غير متعمد (و في إيجابه) أى و في إيجاب الضمان على القاضي (صرف الناس عن تقلده) أى تقلد القضاء و في ذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله (و تعذر استيفاؤه من المدعي) أيضاً (لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب) لأن الشهود صاروا لأجله سبباً لإزالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا (و إنما يضمنان) أي يضمن الشاهدان (إذا قبض المدعي المال) سواء (ديناً كان أو عيناً لأن الإتلاف به) أى بالقبض (يتحقق) و في ذلك لا يتفاوت بين العين و الدين و هو اختيار شمس الائمة و فرق شيخ الإسلام خواهر زادة بين العين و الدين فقال إن كان المشهود به عيناً يضمن للمشهود عليه قبض المدعي العين أو لا و إن كان المشهود به ديناً يضمنه إذا استوفاه المدعي عليه (و لأنه لا مماثلة بين أخذ العين و إلزام الدين) بيان ذلك

---

(١)قال الأكمل في العناية ص٥٣٧ ج٦. (٢)لأن سبب الضمان الخ أقول و في غاية لأن سبب التضمين و هو الرجوع عند القاضي كذا في السعدية.

قال فإن رجع أحدهما ضمن النصف و الاصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع و قد بقي من يبقي بشهادته نصف الحق و إن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق و هذا لان الإستحقاق باق بالحجة

أنهما إذا ألزما ديناً بشهادتهما فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى (١) منهما عيناً بمقابلة دين و لا مماثلة بينهما و قال الا ترازي يعني أن المشهود به إذا كان ديناً لم يستوفه المشهود له لا يجب الضمان على الشهود لأن الضمان يعتمد على المماثلة و لا مماثلة بين العين و الدين (قال) أى القدوري (فإن رجع أحدهما) أي أحد الشاهدين (ضمن النصف) أي النصف المشهود به (و الأصل) هنا ما ذكروا في شروح الجامع الكبير (أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع و قد بقي من يبقي بشهادته نصف الحق) لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين و ما زاد فهو فضل في حق القضاء إلا أن الشهود إذا كانوا اكثر من الإثنين يضاف القضاء و وجوب الحق إلى الكل لاستواء حالهم و إذا رجع واحد زال الاستواء و ظهر إضافة القضاء إلى المثنى و على هذا إذا رجع أحد الإثنين ضمن النصف لأنه بقي بشهادة من بقي نصف الحق فإن قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء أجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب و يصلح في البقاء بقدره (٢) (و إن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) أي على الراجع (لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق) و به قال مالك رحمه الله تعالى في رواية و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال احمد رحمه الله تعالى يغرم ثلث الحق و به قال الشافعى رحمه الله تعالى فى قول آخر و مالك رحمه الله تعالى فى رواية (و هذا) يعني عدم الضمان على الثالث الذي رجع و قال الاترازي و هذا إشارة إلى قوله لأنه بقي من يبقي بشهادته كل الحق (لأن الاستحقاق) أى استحقاق المشهود به للمدعي (باق بالحجة) التامة

(١)استوفى أى المقضى عليه. (٢)بقدره و فى البحر: و من مسائل الجامع الكبير: أربعة شهدوا على آخر بأربعمائة و قضى بها فرجع واحد عن مائة و آخر عن تلك المائة و مائة أخرى و الآخر عن تلك المائتين ومائة أخرى فعلى الراجعين خمسون درهما أثلاثا لأن الشهادة قائمة بقدر ثلاثمائة و خمسين لأن القائم بقي شاهدا بأربعمائة و الرابع بقى شاهدا بثلاثمائة فبقي على ثلاثمائة حجة كاملة فلا يجب ضمانها على أحد بقى على المائة الزائدة شاهد واحد و هو القائم على الشهادة فبقى من يقوم به نصف الحق فبقى نصفها فظهر أن التالف برجوعهم نصف المائة فيجب على الراجعين لاستوائهم فى إيجابها فان رجع الرابع عن الجميع ضمنوا المائة أرباعا و ضمنوا سوى الأول خمسين أيضا أثلاثا لأنه بقى على الشهادة من يقوم به مائتان و خمسون كذا فى المحيط.

و المتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق (١) لان ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق و إن شهد رجل و امرتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي و إن رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق و إن شهد رجل و عشر نسوة ثم رجع ثمان فقط فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل و الربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع و إن رجع الرجل و النساء فعلى الرجل سدس الحق و على النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

(و المتلف (٢) متى استحق سقط الضمان) أي عن المتلف بكسر اللام صورته فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو و أخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف (فأولى أن يمتنع) أي الضمان من الراجع لأن ابتداء استحقاق التلف يسقط الضمان فبقاؤه أولى أن يمنع لأن الدفع أسهل من الرفع (فإن رجع آخر) أي من الثلاثة (ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق) هذا ايضاً بناء على الاصل المتقدم و هو أن العبرة لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع فلما رجع الثاني كان الباقي نصف الحق فاذا بقي نصف الحق كان التالف بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الراجعان لأن أحدهما ليس أولى من الآخر فكان ضمان النصف عليهما على السواء فإن (٣) قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف أضيف إليه قلنا التلف مضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الاول لم يظهر أثره لمانع و هو بقاء من بقى فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما (و إن شهد رجل و امرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي و إن رجعتا) أي المرأتان (ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق و إن شهد رجل و عشر نسوة ثم رجع ثمان) من النساء (فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق) و به قال مالك و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و قال أحمد رحمه الله تعالى يجب عليهن أربعة أسداس من الضمان و به قال الشافعي رحمه الله تعالى في الاصح (فإن رجعت أخرى كان عليهن) أي على تسع نسوة (ربع الحق) و به قال مالك رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول(لانه بقي النصف بشهادة الرجل و الربع) أى ربع الحق (بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع و ان رجع الرجل و النساء فعلى الرجل سدس الحق و على النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال

(١)نصف الحق. ن. نصف المال. (٢)المتلف بفتح اللام. (٣)فان قيل الخ كذا في الشامية معزيا إلى المقدسي.

و قالا (١) على الرجل النصف و على النسوة النصف لانهن و إن كثرن يقمن مقام رجل واحد و لهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه الصلاة و السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين (٢) منهن بشهادة رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا و لو شهد رجلان و امرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم قال و إن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما

الشافعي و مالك و أحمد رحمهم الله تعالى (و عندهما) أي و عند أبي يوسف و محمد رحمهما الله تعالى (على الرجل النصف و على النسوة النصف) و به قال أبو العباسؒ من أصحاب الشافعي رحمهم الله تعالى (لأنهن و إن كثرن يقمن مقام رجل واحد و لهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل) معهن فلا تقبل شهادتهن وحدهن فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين فصار الضمان على الرجل و النسوة أنصافاً (و لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن كل إمرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه الصلاة و السلام) أي قال النبي ﷺ (في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد) أخرجه (٣) البخاري رحمه الله تعالى من حديث أبي سعيد الخدري رحمه الله تعالى أن رسول الله ﷺ قال يا معشر النساء ...... الحديث و فيه اما نقصان العقل فشهادة إمرأتين تعدل شهادة رجل الحديث (فصار) يعني إذا كانت امرأتان كرجل صار (كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) أى على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قول صاحبيهؒ (لما قلنا) من أن المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يقى ببقائه نصف الحق (و لو شهد رجلان و امرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما) أي على الرجلين (دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه) أى إلى بعض الشاهد (الحكم) لأن القضاء يضاف إلى شهادة رجلين دون المرأة فلا تضمن عند الرجوع شيئا (قال) أى القدوريؒ (و إن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما) أى على الشاهدين

---

(١)قالا –ن– عندهما. (٢)إثنين. ن. اثنتين. (٣)أخرجه البخارى رحمه الله تعالى فى الحيض باب ترك الحائض الصوم ص٤٤ ج١ و فى الشهادات باب شهادة النساء ص٣٦٣ ج١ و مسلم رحمه الله تعالى فى الايمان باب بيان نقصان الايمان بنقص الطاعات ص٦٠ ج١ و فى الباب عن ابن عمر و أبى هريرة رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثهما مسلم رحمه الله تعالى فى الباب المذكور.

و كذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف و إنما تضمن و تتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل و كذلك إذا شهدا على رجل بتزويج (١) امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك و الإتلاف بعوض كلا إتلاف و هذا لأن مبنى الضمان على المماثلة و لا مماثلة بين الإتلاف بعوض و بينه بغير عوض و إن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض قال و إن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى

(و كذلك) أى لا ضمان على الشاهدين (إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة) فلا تكون مضمونة (عند الإتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة) يعني بالنص و هو قوله تعالى ﴿فاعتدوا (٢) عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ و لا مماثلة بين العين و المنفعة أعني منفعة البضع فلا يجب الضمان كما في إتلاف سائر منافع المغصوب حيث لا يجب الضمان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى (على ما عرف) أى في أصول الفقه و عند الأئمة الثلاثة يضمنان لها ما زاد على ما شهدا إلى تمام المهر (و إنما تضمن) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك فأجاب بقوله و إنما تضمن أى المنافع (و تتقوم بالتملك لأنها) أى لأن المنافع (تصير متقومة ضرورة الملك إبانة) أى إظهاراً (لخطر المحل) حتى يكون مصوناً عن الابتذال (و كذلك) أى لا ضمان (إذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك و الإتلاف بعوض كلا إتلاف) كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمة ثم رجعا لا يضمنان (و هذا لأن مبنى الضمان على المماثلة) معناه لعدم المماثلة بينهما و هو معنى قوله (و لا مماثلة بين الإتلاف بعوض و بينه بغير عوض) أى و بين الا تلاف بغير عوض (و إن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها) أى الزيادة (من غير عوض) و هو يوجب الضمان (قال) أي القدوري (و إن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) قال الكاكي هذا إذا كان المدعي هو المشتري و لو كان المدعي هو البائع بأن ادعى رجل على رجل أنه با ع عبده منه بألف درهم و المشترى ينكر و قيمة العبد خمسمائة و شهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمس مائة و لو كان المشترى يدعى البيع بخمس مائة و العبد يساوى ألف درهم فشهدا للمشترى ثم رجعا يضمنان للبائع خمس مائة ذكره في شرح الطحاوي (لأنه ليس بإتلاف معنى) أى

---

(١) بتزويج. ن. بتزوج. (٢) فاعتدوا الآية- البقرة: ١٩٤.

نظراً إلى العوض و إن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض و لا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم و إن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً

من حيث المعنى (نظراً إلى العوض) لأنهما لما أخرجا المبيع عن ملكه فقد أدخله في ملكه ما يإزائه (و إن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان) أى للبائع إن كان المدعي هو المشترى (لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض) أى الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض (و لا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع لأن السبب هو البيع السابق) أى لان السبب المزيل للملك هو العقد السابق على مضي المدة أو على سقوط الخيار بمضي المدة (فيضاف الحكم) و هو زوال الملك (عند سقوط الخيار اليه) أى إلى ذلك السبب و قد حصل سبب الزوال بشهادة الشهود (فيضاف التلف اليهم) و يجب عليهم ضمان النقصان و قال الاترازي هذا الذي ذكره جواب سؤال بأن يقال ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهدين إذا شهدا بالبيع بشرط الخيار لأنهما لم ينفا شيئاً على البائع لأنهما اثبتا البيع بشرط الخيار و البائع لم يزل ملكه عن المبيع بعد و إنما يزول إذا مضت المدة و هو ساكت فإذا سكت عن الرد كان راضياً بزوال ملكه فكيف يجب الضمان على الشهود حينئذ فقال لأن السبب هو البيع السابق ...... إلى آخره (و إن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) و به (١) قال أحمد رحمه الله تعالى و مالك رحمه الله تعالى في رواية ابن القاسم رحمه الله تعالى عنه و قال الشافعي رحمه الله تعالى في رواية الربيع عنه ضمنا نصف مهر المثل و قال الشافعي رحمه الله تعالى في رواية المزني رحمه الله تعالى عنه ضمنا مهر المثل لأن البضع عنده متقوم دخولاً و خروجاً و قال مالك رحمه الله تعالى في رواية أشهب عنه لا ضمان على الشهود (لانهما) أى لان الشاهدين (أكدا ضماناً على شرف السقوط) بارتدادها و تقبيلها ابن زوجها و هو معنى قوله (الا ترى أنها) أى أن المرأة (لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً) أى سقط عن الزوج جميع المهر و للتأكيد شبهة بالايجاب و لهذا (٢) إذا أكره الرجل على طلاق امرأته قبل الدخول بها كان له أن يرجع بنصف المهر على الذي

---

(١)و به قال أحمد رحمه الله تعالى الخ كذا في المغني لابن قدامة الحنبلي ص١٤٢ ج١٢ و شرح الوجيز ص١٢٩ ج١٣. (٢)و لهذا الخ أقول و لهذا إذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الآخذ و رجع به على القاتل لأنه أكد ما كان بحيث يسقط بأن يتوب فيطلقه كذا في فتح القدير.

و لأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة

اكرهه (و لأن (١) الفرقة قبل الدخول) أى قبل دخول الزوج بها (في معنى الفسخ) بعود المبدل و هو البضع اليها كما كان فصار بمنزلة فسخ البيع قبل قبض المبيع و إنما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد المبدل اليها قبل الدخول كما كان صار بمنزلة الفسخ فيكون وجوب نصف المهر ابتداء بشهادتهما و إنما قال النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لانه قبل اللزوم يقبله كما لو نكح الصغيرة أخوه فلها خيار الفسخ بعد البلوغ لما أن النكاح لم يقع لازماً و إنما قيد قبل الدخول لانه لو طلقها بعد الدخول لم يجب شيء عليهما بالرجوع عندنا و مالك و أحمد رحمهما الله تعالى و عند الشافعي رحمه الله تعالى يجب مهر المثل عليهما و المسألة مشهورة و في الكافي لو شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته غرما لورثته نصف المهر و لم ترث لأنا حكمنا بالبينونة قبل الموت في حال الحياة و لو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها قبل الدخول في حياته ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم و ضمنا للمرأة نصف المهر و الميراث و به قال مالك رحمه الله تعالى (فيوجب) أى الفرقة (سقوط جميع المهر كما مر في النكاح) أى في باب المهر عند قوله و تستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة و هي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها و قد سمى لها مهراً و في التحفة و لو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً و قد دخل بها و قضى القاضي ثم رجعا لم يضمنا إلا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل إتلاف بعوض و هو استيفاء منافع البضع و لو كان قبل الدخول إن كان المهر مسمى ضمنا النصف و ان لم يكن مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهما و لم يحصل له بمقابلته عوض (ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة) و لهذا لا يجمع بينها و بين مهر المثل حاصل الكلام أن نصف المهر انما يجب في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة

(١) و لأن الفرقة الخ التعليل الأول للمتقدمين و الثاني للمتأخرين و قالوا: لا نسلم التأكيد بشهادتهم بل وجب متأكداً بالعقد و لم يبق بعده إلا الوطء الذى بمنزلة القبض و هذا العقد لا يتعلق تمامه بالقبض و لئن سلمنا التأكيد فلا نسلم أن التاكيد الواجب سبب للضمان فان الشهود لو شهدوا على الواهب بأخذ العوض حتى قضى القاضى بابطال حق الرجوع ثم رجعوا و قد هلكت الهبة لم يضمنوا للواهب شيئا كذا فى الأسرار فلما كان قول المتأخرين أقرب إلى التحقيق اختاره فخر الاسلامّ كذا فى شرحه التقرير للأكملّ من بحث القضاء كذا فى البحر و فى المنحة على البحر: قوله: (كذا فى شرحه التقرير) الضمير فى "شرحه" عائد إلى فخر الاسلامّ على تقدير مضاف أى شرح أصول فخر الاسلامّ و قوله "التقرير" بدل من "شرح" فان الشيخ اكمل الدين صاحب العناية شرح أصول فخر الاسلام الشهير بالبزدوى و سماه التقرير.

فكان واجباً بشهادتهما قال و إن شهدا على أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من (١) غير عوض و الولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء إليهما و إن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية و لا يقتص منهم و قال الشافعي رحمه الله تعالى يقتص منهم لوجود القتل منهم تسبيباً فاشبه المكره

و قد ألزمه الشاهدان على الزوج و لم يكن واجبا عليه (فكان واجباً بشهادتهما) فوجب الضمان عليهما فصار كما إذا شهدا بمال فقضى به ثم رجعا (قال) أى القدورىّ (و إن شهدا على انه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) أى قيمة العبد سواء كانا موسرين أو معسرين (لانهما أتلفا مالية العبد عليه) أى على مولى العبد (بغير عوض و الولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما) أى إلى الشاهدين (بهذا الضمان) لانه مما لا يحتمل الفسخ فإذا كان كذلك (فلا يتحول الولاء اليهما) لان الولاء لمن اعتق فإن قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا صار مكذباً شرعا بالقضاء لان القاضي لما قضى عليه بالعتق تبعه الولاء و في المبسوط لو شهدا أنه دبره فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير فانه بالتدبير فات بعض المنافع من حيث التجارة بالاخراج عن ملكه فانتقض ملكه فضمنا نقصانه بتفويتهما و لو شهدا بالكتابة فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمة العبد و يتبعان المكاتب ببدل الكتابة على نجومهما لأنهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته و به قال مالك رحمه الله تعالى و هكذا قال في المدبر و قال أحمد رحمه الله تعالى في المكاتب يرجع بالنقصان و لا يعتق المكاتب حتى يؤدى ما عليه اليهما فإذا أداه اليهما فالولاء للذى كاتبه و لو عجز و رد إلى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر مملوكة لهما و لو شهدا بإقرار المولى أن أمته أم ولده و المولى ينكر فقضى بذلك ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها و به قال احمد رحمه الله تعالى و قال مالك رحمه الله تعالى ضمنا قيمتها للمولى (و ان شهدوا بقصاص (٢) ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية) (٣) (و لا يقتص منهم) أى من الشاهدين و هو مذهب مالك رحمه الله تعالى (و قال الشافعي رحمه الله يقتص منهم) و به (٤) قال أحمد و أشهب المالكي رحمهما الله تعالى (لوجود القتل منهم تسبيباً) أى من حيث التسبيب (فأشبه المكره) بكسر الراء

(١)من غير. ن. بغير. (٢)بقصاص و فى البحر: قيد بالقصاص لأنهما لو شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا لأن القصاص ليس بمال كذا فى المحيط. (٣) ضمنوا الدية و فى فتح القدير: و الدية على عاقلة الشهود اه أقول فيه بحث لأن العاقلة لا تعقل اعترافا كذا فى السعدية. (٤) و به قال احمد رحمه الله تعالى الخ و فى المغنى لابن قدامة الحنبلىّ ص١٣٨ ج١٢ فان قالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص و بهذا قال ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الأوزاعى و الشافعي و أبو عبيد رحمهم الله تعالى فأما إن قالا عمدنا الشهادة عليه و =>

بل أولى لأن الولي يعان و المكره يمنع و لنا أن القتل مباشرة لم يوجد و كذا تسبيباً لأن السبب ما يفضي إليه غالباً و ههنا لا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره

أى فأشبه المسبب ههنا و هو الشاهد المكره قال (١) الأكملّ و هو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل أو فأشبه القاضي المكره لأنه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول و قبل اشبهه الولي المكره و هو ليس بشيء لأنه (٢) ليس بملجأ إلى القتل (بل اولى) أي التسبيب ههنا أولى من الاكراه لأن التسبيب موجب من حيث الإفضاء و الإفضاء ههنا اكثر (لأن الولي يعان) على الاستيفاء (و المكره) بفتح الراء (يمنع) لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء و الولي بمنزلة المكره بفتح الراء (و لنا أن القتل مباشرة) أى من حيث المباشرة (لم يوجد و كذا) أي و كذا لم يوجد (تسبيباً) (٣) أى من حيث التسبيب و كل واحد من قوله مباشرة و تسبيباً نصب على التمييز لما قدرنا (لأن (٤) السبب ما يفضى إليه غالباً و ههنا) أى فيما نحن فيه (لا يفضى لأن العفو مندوب) من الولي قال الله تعالى ﴿و أن (٥) تعفوا أقرب للتقوى﴾ (بخلاف المكره) بفتح

=> لا نعلم أنه يقتل بهذا و كانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة و إن قال أحدهما عمدت قتله و قال الآخر أخطأت فعلى العامد نصف دية مغلظة و على الآخر نصف دية مخففة و لا قصاص في الصحيح من المذهب و إن قال كل واحد منهما عمدت و أخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما و احتمل وجوب الدية و إن قال أحدهما عمدنا جميعا و قال الآخر عمدت و أخطأ صاحبي فعلى الأول القصاص و في الثاني وجهان كالتي قبلها و إن قالا جميعا أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما و إن قال أحدهما عمدنا معاً و قال الآخر أخطأنا معاً فعلى الأول القصاص و على الثاني نصف دية مخففة و إن قال كل واحد منهما عمدت و لا أدرى ما فعل صاحبي فعليهما القصاص و يحتمل أن لا يجب عليهما القصاص و إن قال أحدهما عمدت و لا أدرى ما قصد صاحبي سئل صاحبه فاذا قال عمدت و لا أدرى ما قصد صاحبي فهي كالتي قبلها و إن قال عمدنا فعليه القصاص و في الأول وجهان و إن قال أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على واحد منهما و إن جهل حال الآخر بأن يجن أو يموت أو لا يقدر عليه فلا قصاص على المقر و عليه نصيبه من الدية المغلظة اه ملخصا. (١)قال الأكملّ في العناية ص٥٤٧ ج٦. (٢)لأنه ليس بملجأ الخ أقول نعم إلا أنه كالملجأ من حيث ظهور ايثاره القصاص بالطبع تشفيا على ما سيعرف به و من تأمل كلام المصنفّ أعنى قوله لأن الولي يعان لا يتردد في أظهرية إرادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول كذا في السعدية. (٣)تسبيبا أى تسبيبا يوجب القصاص إذ الكلام فيه لا مطلق التسبيب فانه مما لا مجال لانكاره قال الامام السغناقيّ ذكر في الاسرار و من مشايخنا من قال في تعليل المسألة بأن الشهود مسببون إلا أنه ضعيف لأن المذهب عنده أن المسبب و المباشر واحد ألا يرى أنه يلزمه الكفارة إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير لأن الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين فأما الشهادة فطريق مسلوك لأخذ ما ثبت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل كذا في السعدية. (٤)لأن السبب ما يفضى الخ أقول منقوض بحافر البئر و الجواب أن المراد سبب القتل الذى يوجب القصاص ما يفضى إلى القتل غالبا فليتأمل كذا في السعدية. (٥)و أن تعفوا الآية- البقرة:٢٣٧.

لأنه يؤثر حياته ظاهراً و لأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة و هي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات

الراء (لأنه يؤثر حياته ظاهراً) و الإكراه يفضي إلى القتل غالباً و في الكافي في قوله في الهداية و لنا أن القتل مباشرة لم يوجد إلى قوله لأنه يؤثر حياته ظاهراً مشكل لأن الأمر على القلب فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحاً له و به يدرك تارة و الظاهر أن المكره لا يقدم لأنه لا يباح له قتله و يحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الغوث أجيب عنه بأنه إنما قال الشيخ ظاهراً بالنظر إلى حال المسلم المتدين لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه و ماله و يحصل له الأجر الكثير فأما المكره يختار حياته بأدنى رخصة في الشرع و ترجحه على حياة غيره و احتمال الغوث نادر و على تقدير لحقوق الغوث لم يبق الاكراه و كلامنا في الإكراه (و لأن الفعل الاختياري) هذا جواب عما يقال ظهور إيثار حياته إما أن يكون شرعاً أو طبعاً فالأول ممنوع لان المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص و الثاني مسلم و لكنه معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهراً فأجاب المصنفّ بطريق التنزل فقال ــــ و لأن الفعل الاختيارى ــــ يعني سلمنا أن ثمة تسبيبا و لكن الفعل الاختياري (مما يقطع النسبة) أى نسبة ذلك الفعل إلى غيره و الفعل ههنا و هو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فقطع نسبته إلى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته إلى الشهود و لكن من شبهة و هو معنى قوله (ثم لا أقل من الشبهة) أي لا أقل أن يورث شبهة قطع النسبة (و هي) أى الشبهة (دارئة للقصاص) أي مانعة من القصاص و قال تاج الشريعةّ و لأن الفعل الاختياري ...... إلى آخره و هو قتل الولي يعني بعد الشهادة و حكم القاضي وجد فعل الولي و هو في ذلك مختار فيقطع النسبة عن الشهود كما إذا أشلى انسان كلباً على آخر فخرق ثوب المشلى عليه لا يضمن المشلي شيئاً لأن الخرق فعل إختياري من الكلب يقطع النسبة عن المشلي و كمن فتح باب القفص حتى طار الطير بخلاف المكره فإنه و إن كان مختاراً لكنه فاسد الاختيار فصار كالآلة و بخلاف شق الزق لعدم إمكان الإضافة إلى المانع لعدم الاختيار (بخلاف المال) أي الدية (لأنه) أي لأن المال (يثبت مع الشبهات) فلا يلزم من سقوط ما سقط بالشبهات سقوط ما ثبت بها و إن رجع أحدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما أو جآء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين و تضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة و الشاهدين حكماً فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء و إن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول

و الباقي يعرف في المختلف قال و إذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً إليهم و لو رجع شهود الأصل و قالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب و هو الإشهاد و لا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء و إن قالوا أشهدناهم و غلطنا ضمنوا و هذا عند محمد رحمه الله تعالى و عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة و هي شهادتهم

أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما (و الباقي يعرف في المختلف) أي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم (قال) أى القدوري (و إذا رجع شهود الفرع ضمنوا) يعني إذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به (لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافاً اليهم) فوجب عليهم الضمان (و لو رجع شهود الأصل و قالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم أنكروا السبب و هو الإشهاد) و به قالت الائمة الثلاثة رحمهم الله تعالى و عن أحمد رحمه الله تعالى في وجه يضمنون (و لا يبطل القضاء لانه خبر محتمل) للصدق و الكذب فلا يبطل القضاء بالاحتمال (فصار كرجوع الشاهد) أي شاهد الاصل لو شهد بنفسه و قضى القاضي بشهادته ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع فكذا لا يبطل بانكار الإشهاد (بخلاف ما قبل القضاء) يعني إذا أنكر شهود الاصل الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضى القاضى بشهادة الفروع بعد ذلك كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك (و إن قالوا) أى الاصول (أشهدناهم و غلطنا ضمنوا) أى الاصول (و هذا) أى وجوب الضمان (عند محمد رحمه الله تعالى و عند أبي حنيفة و أبي يوسف رحمهما الله تعالى لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضى بما يعاين من الحجة و هي) أى الحجة (شهادتهم) فالمسألة ذكرها القدوري و لم يذكر الخلاف و ذكره المصنف و مثل ما ذكره ذكر فى شرح الطحاوي و عامة شروح الجامع الكبير و الشامل و قال شمس الإئمة السرخسي في شرح أدب القاضي و روى محمد رحمه الله تعالى عن أصحابنا أنه لا شيء عليهم و روى أبو يوسف رحمه الله تعالى عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى فى الاملاء أن عليهم ضمان ذلك عاما فى ظاهر الرواية فعلى قول أبى حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى لا يضمنون و على قول محمد رحمه الله تعالى يضمنون كما روى أبو يوسف رحمه الله تعالى في الإملاء

و له أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا و لو رجع الأصول و الفروع جميعاً فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم و عند محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول و إن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا و بشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما و الجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين و إن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في ذلك لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم و لا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم

(و له) أي و لمحمد رحمه الله تعالى (أن الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كأنهم حضروا) و شهدوا ثم حضروا و رجعوا (و لو رجع الاصول و الفروع جميعاً فعندهما) أى فعند أبي حنيفة و أبى يوسف رحمهما الله تعالى (يجب الضمان على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم) و هذا لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي و إذا وجد من الفروع فيجب عليهم الضمان عند الرجوع (و عند محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الاصول و إن شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا) أى ذكر أبو حنيفة و أبو يوسف رحمهما الله تعالى و هو ان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة و هي شهادتهم (و بشهادة الاصول) أى القضاء وقع بشهادة الاصول (من الوجه الذي ذكر) أي محمد رحمه الله تعالى و هو قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول (فيتخير بينهما) أي يتخير المشهود عليه في التضمين بينهما أى بين الوجهين إن شاء ضمن الاصول و إن شاء ضمن الفروع على مذهب محمد رحمه الله (و الجهتان متغايرتان) هذا جواب عما يقال لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف و تقريره أن الجهتين متغايرتان لأن شهادة الاصول كانت على أصل الحق و شهادة الفروع على شهادة الاصول و لا مجانسة بينهما (فلا يجمع بينهم) أي بين الأصول و الفروع (في التضمين) بأن يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافا بل له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء (قال) أي القدوري (و إن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في ذلك) أى في شهادتهم (لم يلتفت إلى ذلك) أي إلى قولهم و هذا القول بعد القضاء بشهادتهما و لم يلزمهما ضمان ذلك لانهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه (لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم و لا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم و إنما شهدوا على غيرهم

بالرجوع قال و إن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا و هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى و قالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً فصاروا كشهود الإحصان و له أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت بمعنى (١) علة العلة بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض.

بالرجوع) و ذلك لا يفيد شيئاً (قال) أى القدوري (و إن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا) لم يذكر القدوري فيه الخلاف و قال المصنف رحمه الله تعالى (و هذا عند (٢) أبي حنيفة رحمه الله تعالى) و به قال مالك و أحمد رحمهما الله تعالى (و قالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً) و لم يشهدوا بحق (فصاروا كشهود الإحصان) إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه فرجم فإذا رجعوا بعد ذلك لايضمنون (و له) أي و لابي حنيفة رحمه الله تعالى (أن التزكية إعمال (٣) للشهادة (إذ القاضي لا يعمل بها) أى بالشهادة (إلا بالتزكية فصارت) أي التزكية (بمعنى علة العلة) و الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة و إنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة و إنما هي سبب أضيف الحكم إليه لتعذر الاضافة إلى العلة. (بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط (٤) محض) لان الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة و شهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً و الحاصل أن الاحصان ليس فيه معنى العلة لان الاحصان علامة معرفة حكم

---

(١)بمعنى. ن. في معنى. (٢)هذا عند ابى حنيفة رحمه الله و فى الهندية: و الصحيح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذا فى المضمرات اه و فى البحر و الخلاف فيما إذا قالوا تعمدنا أو علمنا أنهم عبيد و مع ذلك زكيناهم أما إذا قال المزكى أخطأت فيها فلا ضمان إجماعا و قيل الخلاف فيما إذا أخبر المزكون بالحرية بأن قالوا هم أحرار أما إذا قالوا هم عدول فبانوا عبيدا لا يضمنون إجماعا لأن العبد قد يكون عدلا و أطلق فى ضمانهم فشمل الدية لو زكوا شهود الزنا فرجم فاذا الشهود عبيد أو مجوس فالدية على المزكين عنده و معناه إذا رجعوا عنها بأن قالوا علمنا أنهم عبيد و مع ذلك زكيناهم أما إذا ثبتوا عليها و زعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود و لا تحد الشهود حد القذف لأنهم قد قذفوا حيا و قد مات و لايورث عنه و قالا الدية على بيت المال كذا فى السراج الوهاج. (٣)إعمال للشهادة لأن الشهادة انما تصير حجة بالعدالة و العدالة انما تثبت بالتزكية فصارت فى معنى علة العلة كالرمى فانه سبب لمضى السهم فى الهواء و ذا سبب الوصول إلى المرمى و ذا سبب الجرح و ذا سبب ترادف الآلام و ذا سبب الموت ثم الموت أضيف إلى الرمى الذى هو العلة الأولى حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية كذا فى الكفاية. (٤) شرط و فى البحر: إعلم أن الشرط عند الاصوليين ما يتوقف عليه الوجود و ليس بمؤثر فى الحكم و لا مفض إليه و العلة هى المؤثرة فى الحكم و السبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير و العلامة ما دل على الحكم و ليس الوجود متوقفا عليه و بهذا ظهر أن الاحصان شرط كما ذكره الاكثر لتوقف وجوب الحد عليه بلا عقلية تأثير و لا إفضاء اه.

قال و إذا شهد شاهدان باليمين و شاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب و التلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط و لو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه و معنى المسألة يمين العتاق و الطلاق قبل الدخول.

الزنا الصادر بعد الاحصان فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الإحصان و يتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق و لو رجع شهود الإحصان لم يضمنوا عندنا و عند الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله تعالى في رواية سواء رجعوا مع الشهود أو وحدهم و قال زفر رحمه الله تعالى و الشافعي رحمه الله تعالى في قول و مالك رحمه الله تعالى في رواية و أحمد رحمه الله في رواية يضمنون (قال) أي القدوري (و إذا شهد شاهدان باليمين و شاهدان) أي و شهد شاهدان آخران (بوجود الشرط) بيانه اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر و شهد آخران أنه دخل الدار و قضى القاضي بعتقه (ثم رجعوا فالضمان) أي ضمان قيمة العبد أو ضمان العبد (علي شهود اليمين خاصة) لفظ خاصة احتراز عن قول زفر رحمه الله تعالى فإن الضمان عنده على الجميع (لانه) أي لان اليمين (هو السبب و التلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض) لان السبب إذا صلح لإضافة الحكم اليه لا يصار إلى الشرط كحافر البئر مع الملقي فإن الضمان عليه دون الحافر ثم أوضح المصنف ذلك بقوله (ألا ترى أن القاضي يقضى بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط) يعني ان القاضي يسمع الشهادة باليمين و يحكم بها و إن لم يشهد بالدخول و إذا لم يتعلق بشهادتهم حق صاروا كشهود الاحصان فلا يلزمهم الضمان كذا في شرح الاقطع (و لو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) و مال شمس الائمة السرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط و في المبسوط (١) ظن بعض مشايخنا أن شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيما إذا كان اليمين ثابتاً بإقرار المولى و قالوا لان العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها هنا فانها ليست تتعدى فيكون الحكم مضافا إلى الشرط إذ الشرط يخلف عن العلة و هو غلط بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات و هذا لان قوله أنت حر مباشرة الاتلاف للمالية و عند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم اليه دون الشرط سواء كان الشرط بطريق التعدى أو لا (و معنى المسألة) يريد به

---

(١) المبسوط للسرخسي ص ١١ ج ١٧.

....

صورة المسألة (يمين العتاق و الطلاق قبل الدخول) يعني شهد رجلان على أنه علق عتق عبده أو طلاق امرأته بدخول الدار و شهد آخران أنه وجد الشرط فقضى القاضي بوقوع العتق و الطلاق ثم رجعوا جميعاً فالضمان على شهود اليمين دون الشرط لما قلنا و إنما قيد بقوله قبل الدخول لأن رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئاً و الله أعلم.

بتوفيق الله تعالى و عونه و كرمه تم الجزء الحادى عشر
ويليه الجزء الثانى عشر بمشية الله تعالى و فضله و
مطلعه كتاب الوكالة

مسعود احمد بن فيض احمد غفرلهما الله الاحد الاوحد
١٤٢٢/١/٢٠هـ